

Hvilke vurderingsmomenter, i tillegg til ansiennitet, er det saklig for arbeidsgiver å ta hensyn til ved utvelgelsen av de arbeidstakerne som skal sies opp når det foretas nedbemanning, og hva blir vektleggingen mellom ansiennitetsprinsippet og disse andre momentene?

Kandidatnummer: 181922

Antall ord: 14971

Veileder: Kurt Weltzien

Innholdsfortegnelse

1.....	Innledning
2.....	Rettspolitisk vurdering
3.....	De arbeidsrettslige rettskildene
4.....	De saklige hensynene
4.1.....	<i>Innledende rettskildemessige bemerkninger</i>
4.2.....	<i>Utgangspunktet for saklighetsvurderingen</i>
4.3.....	<i>Ansiennitet</i>
4.3.1.....	Utgangspunkt
4.3.2.....	Kravet om sammenhengende tjenestetid
4.3.2.1.....	Avbrudd pga. oppsigelse
4.3.2.2.....	Virksomhetsoverdragelse
4.3.2.3.....	Permisjon
4.4.....	<i>Kvalifikasjoner</i>
4.5.....	<i>Sosiale hensyn</i>
4.5.1.....	Alder
4.5.2.....	Økonomiske forhold
4.5.3.....	Sykdom og redusert arbeidsevne ellers
5.....	Vektleggingen
5.1.....	<i>Innledende rettskildemessige bemerkninger</i>
5.1.1.....	Forholdet mellom aml.1977 § 60 og aml. § 15-7
5.1.2.....	Forholdet mellom Hovedavtalen før og etter 1994-1977
5.1.3.....	Forholdet mellom Hovedavtalen § 9-12(1) og aml. § 15-7
5.2.....	<i>Den konkrete avveiningen</i>
5.2.1.....	Utgangspunktet
5.2.2.....	Bedriftens situasjon
5.2.3.....	Stillingens art
5.2.4.....	Særlig om sosiale hensyn
5.2.5.....	Oppsummering
6.....	Unntak basert på tariff- og arbeidsavtaler
6.1.....	<i>Avtalte unntak fra arbeidsmiljøloven</i>
6.1.1.....	Ansiennitet og kvalifikasjoner
6.1.2.....	Særlig om forholdet til sosiale hensyn
6.1.3.....	Oppsummering
6.2.....	<i>Avtalte unntak fra Hovedavtalen</i>
7.....	Litteraturliste

1: Innledning

Etter at verden i 2008 ble rammet av en økonomisk krise har den norske økonomien holdt seg stabil, og antall arbeidsledige har ikke vært stigende. Imidlertid kuttet spesielt byggebransjen et betydelig antall ansatte når dette inntraff, og pga. den ustabile økonomiske situasjonen i dag blir arbeidsgivers mulighet og frihet til å nedlegge arbeidsplasser et mer og mer sentralt tema i arbeidsretten. Pga. at den norske arbeidsstokken stadig blir eldre, er det særlig sentralt å klargjøre ansiennitetsprinsippets rolle ved slike nedbemanninger.

Det forutsettes at arbeidsforholdet er omfattet av arbeidsmiljøloven. Oppgaven avgrenses dermed mot tjenestemanns-, luftfarts- og sjømannsloven.

I loven reguleres arbeidsgivers nedbemanningsmuligheter av arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7. Denne paragraf setter opp tre vilkår for at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstakere pga. virksomhetens forhold: Først må selve nedbemanningen være ”saklig begrunnet i virksomhetens [eller] arbeidsgivers (..) forhold”, jf (1) og (2), andre pkt. Når dette er innfridd, må også utvelgelsen av den eller de spesifikke arbeidstakerne som sies opp være saklig begrunnet. Loven sier ikke noe direkte om dette, men Høyesterett fastslår i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) at ”et saklighetskrav vil selvsagt også gjelde [ved utvelgelsen av arbeidstakerne ved nedbemanningen]”. Det er naturlig å ta utgangspunkt i at også utvelgelsen må være ”saklig begrunnet”, jf. aml. § 15-7(1) og så utfylle innholdet av denne generalklausulen med rettspraksis og andre rettskilder. Er disse vilkårene innfridd, må arbeidsgiver allikevel så langt som mulig finne ”passende arbeid” til disse arbeidstakere i andre deler av virksomheten, jf. (2), første pkt.

Denne oppgaven skal fokusere på den andre av disse tre vurderingene, og mer spesifikt i hvilken grad arbeidsgiver må legge vekt på andre momenter i utvelgelsen i tillegg til ansiennitet, hva disse kan være og avveiningen mellom de ulike momentene i den endelige vurderingen. Oppgaven skal også behandle hva Hovedavtalen mellom LO og NHO 2010-2013 sier om dette spørsmålet. Avhandlingen vil ikke gå konkret inn på andre tariffavtaler, men under punkt 6 vil jeg gjennomgå om man kan avtale seg bort fra utvelgelsesreglene i aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 9-12(1) mer generelt.

Som en følge av dette forutsettes det at selve nedbemanningen er saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Videre avgrenses det mot vurderingen av om man har annet ”passende arbeid”.

Det må avslutningsvis presiseres at oppgaven avgrenses mot å gå inn på utvelgelseskretsen, dvs. ”innen hvilket område i virksomheten de ansatte skal vurderes til mulig oppsigelse”¹. Dette kan være geografiske innskrenkninger på den måten at en arbeidstakers ansiennitet kun

¹ Jakhelln og Aune, *Arbeidsrett.no: Kommentar til arbeidsmiljøloven* (2006) s. 869

måles i forhold til andre innenfor den spesifikke geografiske enhet², eller avdelingsmessig avgrensning innenfor samme geografiske enhet³. Rettspraksis har også åpnet for at utvelgelseskretsen etter visse vilkår kan avgrenses til bestemte stillingskategorier slik at den ansattes ansiennitet kun måles mot andre i bedriften med samme stillingskategori⁴.

Utvelgelseskretstemaet er altså i all hovedsak spørsmålet om i hvor stor grad arbeidsgiver kan avgrense kretsen av hvem arbeidstakeren skal vurderes i forhold til. Oppgaven avgrenses mot dette temaet fordi utvelgelseskretsen er noe man tar stilling til før man anvender utvelgelseskriteriene og tar stilling til avveiningen. Det forutsettes dermed at utvelgelseskretsen allerede er avgjort.

Oppgaven gjelder kun realvurderingen, slik at formkravene holdes utenfor.

Videre i oppgaven vil jeg først gå inn på den rettspolitiske vurderingen (2), før de arbeidsrettslige rettskildene relevante for oppgaven kort gjennomgås (3). Så undersøkes det hva som utgjør saklige hensyn ved utvelgelsesvurderingen ved nedbemanningen (4), og videre avveiningen mellom disse momentene (5). Avslutningsvis tas det stilling til i hvilken grad arbeidslivets parter kan avtale seg bort fra de utgangspunktene som følger av de overnevnte punkter (6).

2: Rettspolitisk vurdering

Ansiennitet som vurderingsmoment er ikke legaldefinert. Det er betydelig diskusjon og usikkerhet om hvordan man etter lov og Hovedavtale skal beregne dette, noe jeg vil utdype nærmere nedenfor.

I en vurdering av hvordan retten bør være på dette området er det viktig å understreke interessemotsetningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og mellom de forskjellige arbeidstakerne. Arbeidsgiver vil ha interesse av å kunne beholde den eller de arbeidstakerne som han eller hun mener er best egnet til å utføre arbeidet, uansett ansiennitet. På den andre siden vil en arbeidstaker finne det rimelig at hun fortsetter i jobben hvis hun har lang ansiennitet i bedriften, og kanskje vil ha vanskeligheter med å finne seg nytt arbeid pga. sin høye alder. Som Jakhelln⁵ påpeker vil det virke støtende for en ansatt med lang ansiennitet som utfører sitt virke på en akseptabel måte, om han blir oppsagt som en følge av at en ansatt med lavere ansiennitet anses bedre kvalifisert.

² Eksempel: Rt. 1992 s. 776 (Sparebank Nord-Norge)

³ Eksempel: Rt 1986 s. 879 (Hillesland)

⁴ I LH-2003-13169 Hålogaland åpnet lagmannsretten for at arbeidsgiver kunne avgrense utvelgelseskretsen ut fra stillingskategori, men kom frem til at vilkårene ikke var oppfylt i den konkrete saken.

⁵ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 741-742

Et annet viktig moment er at erfaringen som kommer med ansiennitet i seg selv ofte vil gjøre vedkommende mer kvalifisert til å fortsette i bedriften. Dette vil særlig gjelde i industribedrifter hvor den praktiske erfaringen ofte vil veie tungt, men også i kunnskapsbedrifter hvor formell utdanning ofte har større vekt vil dette være et moment som det er rimelig å vektlegge. Grensen her er imidlertid ikke skarp: et verft er et eksempel på en industribedrift med høyt kvalifisert personell hvor også formell utdanning vil være sentralt. Også sosiale hensyn, som økonomiske problemer, vil arbeidstaker finne det rimelig at det blir lagt vekt på. På den andre siden vil mer kvalifiserte ansatte føle at deres kvalifikasjoner skal gå foran andre ansattes lengre ansiennitet.

Det er også viktig å påpeke de praktiske sidene ved denne vurderingen. På den ene siden er en ansatts tjenestetid et objektivt konstaterbart faktum som i de fleste tilfelle rimelig enkelt kan bringes på det rene⁶. Imidlertid kan det lett oppstå konflikter rundt hvordan ansienniteten eksakt skal beregnes; når avbrytes ansienniteten og vil ansiennitet fra tidligere arbeidsgiver følge med over til den nye arbeidsgiver ved overdragelse? Dette gjør at et fokus på ansiennitet lett kan føre med seg betydelige rettslige konflikter.

En ansattes kvalifikasjoner er et noe ”flytende” vurderingsmoment med mange usikre vurderinger: Hvordan skal man vektlegge formell utdanning kontra den erfaringen som kommer gjennom ansiennitet, og hvordan skal man eksakt måle dette? Et eksempel: Usikkerheten rundt utmålingen av hvilken selger som er best med kunder kan gjøre dette til et skjønnsmessig vurderingstema. Imidlertid vil også slike vurderinger som tilsynelatende åpner for stort subjektivt skjønn ha objektivt konstaterbare elementer som vil gjøre det enklere å komme frem til et svar: I eksempelet foran vil man f. eks. kunne se på selgernes salgstall, kunders tilbakemelding osv.

Sosiale hensyn, som arbeidstakers sykdom og alder, vil generelt sett være rimelig enkelt objektivt konstaterbart. Også her vil det imidlertid lett oppstå problemer i forhold til hvilke forhold man saklig kan ta hensyn til.

Etter dette vil en regel som utelukkende baserer seg på ansiennitetshensyn være retts teknisk noe enklere enn en vurderingsnorm som også åpner for å trekke inn de ansattes kvalifikasjoner og sosiale hensyn. Som vist ovenfor vil forskjellene her imidlertid ikke være betydelige. Det er videre sentralt at samfunnet har stor interesse av den økonomiske effektiviseringen som følger av at arbeidsgiver kan vektlegge kompetanse i utvelgelsesvurderingen: et system der arbeidsgiver konsekvent må vektlegge individuelle hensyn foran arbeidstakers kvalifikasjoner vil lett kunne føre til at den samlede arbeidsstokken blir eldre og mindre kvalifisert, noe som ikke kan sies å være samfunnsøkonomisk holdbart.

⁶ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 742

De momenter som etter dette typisk bør gå igjen i saklighetsvurderingen kan deles inn i tre hovedgrupper: 1) Kvalifikasjoner, 2) ansiennitet og 3) sosiale hensyn. Rettferdighetshensynet bak ansiennitetsprinsippet tilsier at ansiennitetsforskjeller vil ha begrenset vekt før forskjellene blir betydelige: Er ikke forskjellene store vil ikke dette hensynet trekke særlig i den ene eller andre retningen, og det samme gjelder når den absolutte ansienniteten ikke er lang. Før det bør selv mindre forskjeller mellom de ansattes kvalifikasjoner slå igjennom. Er det imidlertid tale om betydelige ansiennitetsforskjeller må den nyansatte imidlertid være betraktelig bedre kvalifisert. Det viktige er at spesielt de samfunnsøkonomiske hensyn gjør at kvalifikasjoner bør veie tyngst, men spesielt når ansienniteten blir betydelig bør også dette momentet vektlegges i betydelig grad.

Siden det i all hovedsak ikke er bedriftens oppgave å ta hensyn til arbeidstakernes sosiale forhold, så bør slike hensyn kun være relevante når de ansattes kvalifikasjoner og ansiennitet er tilnærmet identiske.

3) De arbeidsrettslige rettskildene

For oversiktens skyld er det viktig først å gi en kort oversikt over arbeidsrettens noe sammensatte rettskildesituasjon⁷.

Utvelgelsesspørsmålet blir regulert av aml. § 15-7, og det er sikker rettskildelære at **loven** er det primære rettsgrunnlaget og dermed den viktigste rettskilden⁸. **Forarbeidene** er generelt sett en sentral rettskilde fordi den utfyller og tolker lovens ordlyd, men forarbeidene til aml. § 15-7 ”går (...) bare i liten grad inn på spørsmål som gjelder rettsanvendelsen”⁹ og har dermed begrenset vekt som rettskilde på dette området.

Rettspraksis er en svært viktig rettskildefaktor både når det gjelder utviklingen og presiseringen av rettsreglene på arbeidsrettens område¹⁰. Dette gjelder spesielt når man har å gjøre med en helhetsvurdering som saklighetsvurderingen ved utvelgelsen etter aml. § 15-7. Etter sin natur vil en slik bestemmelse føre med seg betydelig rettspraksis om dens tolkning. Store deler av denne rettspraksisen er imidlertid underrettspraksis. Dette er praksis man skal være forsiktig med å tillegge særlig prejudikatverdi¹¹. På den andre side finnes det ikke mye Høyesterettspraksis på dette området, noe som, avhengig av hvor god og festet praksisen er, taler for å ilegge slik praksis noe mer vekt mens man samtidig holder fast på Høyesterettspraksis som den overordnede rettskilden¹².

⁷ For en mer utfyllende oversikt, se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 80 flg.

⁸ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2005) s. 101

⁹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 49

¹⁰ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 109

¹¹ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2005) s. 210

¹² Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2005) s. 211

Arbeidsretten er en særdomstol, og praksis fra Arbeidsretten er generelt sentral for tolkning av tariffavtaler, jf. arbeidstvistloven §§ 7 og 9(2). Det finnes imidlertid ikke mye sentral arbeidsrettspraksis om denne avhandlingens tema.

Tariffavtaler er avtaler mellom en fagforening på den ene og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening på den andre siden som regulerer de tilsluttede parter lønns- og arbeidsforhold. Utvelgelsen ved nedbemanning er regulert i Hovedavtalen § 9-12(1).. Som utgangspunkt nevnes at tariffavtaler må stå tilbake for lov, jf. aml. § 1-9. Se nedenfor under punkt 6 for en mer detaljert beskrivelse av denne regel. Ellers må arbeidsgiver og arbeidstaker inngå en **arbeidsavtale** for rettigheter og plikter i arbeidsforholdet som er gjeldende så lenge den ikke strider mot preseptoriske rettsregler¹³

Videre er **arbeidsreglementer** avtaler som kan opprettes av alle bedrifter, jf. aml. § 14-16. Bestemmelser i arbeidsreglement står tilbake for alle de overnevnte rettskilder¹⁴, og er av liten relevans for denne avhandlingen. **Sedvane og annen praksis** vil kunne ha relevans for det nærmere innholdet av saklighetsvurderingen i konkrete tilfelle, særlig når praksisen er entydig og langvarig¹⁵. **Juridisk teori** vil ikke ha annen verdi enn den overbevisningskraften som følger av det enkelte verk, men på et område med så stor usikkerhet som her vil denne verdien potensielt være betydelig.

Av forarbeidene til aml.[1977]¹⁶ følger det at man siktet å oppfylle **ILO rekommandasjon nr. 119 (1963), nå nr. 166 (1982)**, om opphør av arbeidsforhold. Dette tilsier at man skal tolke § 15-7 i samsvar med denne rekommandasjonen ut fra harmoniseringshensyn. Imidlertid gir ikke denne rettskilden særlig veiledning på usikre spørsmål i vårt tema, og er dermed av begrenset verdi.

4) De saklige hensynene¹⁷

4.1 Innledende rettskildemessige bemerkninger

Aml. § 15-7(1) sier at en oppsigelse må være ”saklig begrunnet i virksomhetens [eller] arbeidsgivers (..) forhold”, og som vist under punkt 1 er det sikker rett at dette også må gjelde ved utvelgelsen av arbeidstakerne som skal sies opp.

¹³ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 113

¹⁴ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 114

¹⁵ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 116-118

¹⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 15

¹⁷ Oppregningen pretenderer ikke å være uttømmende: Det kan vanskelig tenkes at det finnes andre hovedkategorier av hensyn enn de tre jeg gjennomgår, men under spesielt sosiale hensyn finnes det flere relevante hensyn enn de jeg går inn på. Målet er å behandle noen av de mest sentrale og omtvistede momentene.

Det må først presiseres at Departementet i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335 uttaler at § 15-7 ”viderefører gjeldende regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 60”. Rettspraksis og andre rettskilder fra den tidligere arbeidsmiljølovens bestemmelse om vårt tema, aml.1977 § 60, kan dermed anvendes tilsvarende på aml. § 15-7. I forarbeidene¹⁸ til aml.1977 § 60 presiserer imidlertid Departementet at pga. en rettsutvikling i retning av større vektlegging av rimelighetshensyn i arbeidstakers favør så er ”[d]ette (..) derfor et felt hvor domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn”. Dette er en forarbeidsuttalelse som tilsier at rettskildeverdien av eldre rettspraksis som går i arbeidstakers disfavør, spesielt i forhold til spørsmålet om vekten av sosiale hensyn, er begrenset, og må brukes med varsomhet.

Videre ble den relevante Hovedavtalebestemmelsen i 1994 forandret fra at ansiennitet ”under ellers like vilkår” skulle følges til slik som Hovedavtalen § 9-12(1) lyder i dag: ”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn”. Det er ingenting i verken ordlyd, protokollførsel eller partenes bemerkninger til denne forandringen som tyder på at man mente å forandre hva som er saklige utvelgelseskriterier etter Hovedavtalen, så en lik rettstilstand kan dermed legges til grunn. Hvorvidt det samme gjelder for avveiningen av disse kriteriene, kommer jeg tilbake til under punkt 5.

Rettspraksis har alltid behandlet hva som er saklige utvelgelseskriterier under ett for bestemmelsen i Hovedavtalen og den tilsvarende bestemmelse i aml. § 15-7(1), og det må dermed anses som sikker rett at utvelgelseskriteriene som utgjør ”saklig grunn” i Hovedavtalen § 9-12(1) er de samme som gjør en utvelgelse ”saklig begrunnet” etter aml. § 15-7(1). Hva som er saklige hensyn i arbeidsgivers utvelgelse ved nedbemanning kan dermed behandles under ett for disse to bestemmelsene.

4.2 Utgangspunktet for saklighetsvurderingen

Jeg går så videre til hva som må regnes som ”saklig[e]” hensyn ved utvelgelsen av arbeidstakere ved nedbemanning, jf. aml. § 15-7(1) og Hovedavtalen § 9-12(1), og hva disse konkret går ut på. Ordlyden, saklighetskravet, peker mot at hensynene må holdes innenfor rimelige rammer. Det er en rettslig standard som vil variere over tid, avhengig av bl.a. samfunnsforholdene. Det må bygges på kriterier som domstolen aksepterer.

Den negative siden ved dette vilkåret er arbeidsgiver ikke kan ta utenforliggende hensyn. Dette betyr for det første at arbeidsgiver ved utvelgelsen f. eks. ikke kan ta hensyn til at en person er rødhåret eller at vedkommende snakker bergensdialekt. I tillegg setter lovgivningen opp spesielle vilkår for hva arbeidsgiver ikke kan ta hensyn til, herunder spesielt

¹⁸ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 72

diskrimineringslovgivningen: Man kan således ikke ta hensyn som vil stride mot aml. § 13-2 bokstav d, jf. § 13-1 (diskriminering pga. politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder), likestillingsloven § 2(1), jf. § 3 (diskriminering pga. kjønn) og diskrimineringsloven § 3(1) første punktum, jf. § 4 (diskriminering pga. etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn).

Hensynene som typisk går igjen som saklige i rettspraksis kan deles inn i tre hovedkategorier: 1) Ansiennitet (punkt 4.3), 2) kvalifikasjoner (punkt 4.4) og sosiale hensyn (punkt 4.5).

4.3 Ansiennitet

4.3.1 Utgangspunkt

Som nevnt i punkt 2 er ansiennitet som vurderingsmoment ikke legaldefinert. Forståelsen må dermed bygge på andre rettskilder enn direkte på lov og forarbeider. Som et utgangspunkt kan man definere ansiennitetsprinsippet på nedbemanningsområdet som at de sist ansatte skal sies opp før de tidligere ansatte.

Saklighetsvurderingen i aml. § 15-7(1) sier ikke noe direkte om hvilke hensyn som kan tillegges vekt ved utvelgelsen av arbeidstakere. Det er imidlertid sikker rett at ansiennitet er et saklig hensyn under saklighetsvurderingen i både aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 9-12(1). I rettspraksis kommer dette særlig klart frem i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) som på side 887 eksplisitt sier at ansiennitet er et av ”flere hensyn som må tillegges vekt” i utvelgelsesvurderingen etter aml. § 15-7(1) og forutsetningsvis også etter tidligere Hovedavtalen § 9-9, nå § 9-12(1).

Som nevnt innledningsvis avgrenses avhandlingen mot utvelgelseskretstemaet.

Spørsmålet videre blir hva som skal til for at en arbeidstakers ansiennitet avbrytes.

4.3.2 Kravet om sammenhengende tjenestetid

4.3.2.1 Avbrudd pga. oppsigelse

Utgangspunktet er at den sammenhengende tjenestetiden ved bedriften er avgjørende¹⁹. Hvis en arbeidstaker slutter, så avbrytes ansienniteten. Begynner medarbeider så på nytt hos den tidligere arbeidsgiver, starter ny ansiennitet²⁰. Spørsmålet blir om det finnes avbrudd i ansettelsestiden som gjør at man fremdeles kan betrakte en ansettelse som sammenhengende.

¹⁹ Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 305

²⁰ Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 711

En sentral dom på dette området er Rt. 1962 s. 6 (Drammen Glassverkforening). Denne dom gjaldt en arbeidstaker som hadde vært ansatt ved en bedrift i 21 år. Spørsmålet i dommen var om ansienniteten skulle regnes fra 1937, når han først ble ansatt, eller fra 1943. Det som hadde skjedd i 1943 var at bedriften i brev det året hadde orientert at bl.a. denne arbeidstakeren ble oppsagt pga. en reorganisering. Noen dager senere tok arbeidstaker ut sluttattest. Når han ba om denne sluttattesten sa han klart ifra at han ikke gjorde det for å slutte, men for ekstraarbeid. Fem dager senere trakk den opprinnelige arbeidsgiveren tilbake oppsigelsen.

Høyesterett slår fast på s. 8 at arbeidstaker vendte tilbake til arbeidet så fort det var anledning til det og at han meldte seg til arbeid så fort oppsigelsen var trukket tilbake. Etter dette sier Høyesterett at ”det [er] klart at [arbeidstakers] arbeidsforhold ved bedriften – tross sluttattesten – i realiteten ikke var opphørt i januar 1943. For hans vedkommende dreiet det seg således (..) om et rent midlertidig fravær som skyldtes bedriftens egen oppsigelse. At [arbeidstaker] oppnådde å få beskjefligelse ved [den midlertidige arbeidsgiver] før oppsigelsestidens utløp, legger jeg - på samme måte som lagmannsrettens mindretall - ikke noen vekt på”.

ARD 1918-19 s. 193 gjaldt forfremmelse etter tariffavtale, men dommen illustrerer et relevant poeng for vår problemstilling. Her hadde en arbeidstaker blitt oppsagt etter nedbemanning pga. at tyske styrker under krigen hadde kapret båten han jobbet på. Ruten han jobbet som maskinist på ble dermed innstilt. Han ble ansett som å ha uttrådd av selskapets tjeneste fra dette tidspunkt siden det ikke var ”(..) spørsmål om en kortvarig midlertidig stans i selskapets drift. Det var tvertimot gitt, at stansen efter overveiende sannsynlighet måtte presumeres å bli langvarig (..) og (..) det vilde være ganske på det uvisse når bedriften kunde bli gjenoptatt og i tilfelle hvilket omfang”.

Disse to sakene synes først å illustrere at det avgjørende for om man kan si at ansienniteten er avbrutt ved oppsigelse fra arbeidsgiver pga. arbeidsgivers forhold, er om det er en naturlig og nærliggende sannsynlighet for at arbeidsforholdet vil bli fortsatt²¹. Dette vil bero på en konkret vurdering hvor man bl.a. må ta hensyn til hvordan markedet ser ut på oppsigelsestidspunktet og arbeidsgivers økonomiske situasjon. En forutsetning er at oppsigelsen er gyldig, er den ikke det så er ansienniteten selvsagt ikke avbrutt.

Skulle arbeidstaker bli permittert vil arbeidstakers ansiennitet ikke bli avbrutt før en eventuell oppsigelse: Under permittering er arbeidstaker fremdeles knyttet til bedriften, og har både rett og plikt til å begynne i bedriften igjen så lenge arbeidsforholdet ikke blir formelt oppsagt²².

Videre illustrerer særlig Rt 1962 s. 6 at selv en oppsigelse fra arbeidstaker ikke avbryter ansienniteten hvis denne er forårsaket av arbeidsgivers oppsigelse, og arbeidstaker trer inn i

²¹ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 746

²² Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 386

forholdet innen rimelig tid etter at han får beskjed om at arbeidsgivers oppsigelse er trukket tilbake. Hvis arbeidstaker derimot selv sier opp arbeidsforholdet pga. ønsket om ny jobb e.l., taler mye for at arbeidsforholdet må anses avsluttet uansett hvor lang tid det tar ham å gjeninntre i den tidligere jobb. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker mer eller mindre alltid ha som formål å avslutte arbeidsforholdet for godt, hvis så ikke er hensikten kan han ta ut permisjon. Arbeidstaker bør dermed bære risikoen for at denne forutsetningen ikke slår til, slik at ansienniteten ikke bærer over fra den tidligere ansettelsen hvis han så begynner i jobb i samme selskap. Det kan allikevel tenkes at slike helt kortvarige oppsigelser ikke kan anses som å avbryte ansienniteten, men av grunnene referert ovenfor skal det ikke mye til før man kan konstatere en avbrytelse.

4.3.2.2 Virksomhetsoverdragelse

Blir virksomheten overdratt til ny arbeidsgiver, og dette skjer i samsvar med aml. § 16-1(1)²³, må ansienniteten fra den gamle arbeidsgiver overføres til arbeidsforholdet med den nye arbeidsgiver. Siden ny arbeidsgiver i slike tilfelle vil fortsette driften er det naturlig at ansienniteten fra tidligere arbeidsgiver følger med. Hvis det ikke er tale om en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven så vil ikke arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og tidligere arbeidsgiver overføres til ny arbeidsgiver. Den naturlige følgen av dette er da at hvis den nye arbeidsgiver allikevel ansetter arbeidstakeren så må dette anses som et nytt arbeidsforhold, på den måten at ansienniteten fra tidligere arbeidsgiver ikke overføres til dette nye arbeidsforholdet.

4.3.2.3 Permisjon

Permisjon reiser særskilte spørsmål i denne sammenheng. Permisjon er tjenestefri fra arbeid i begrenset tid. Permisjonen kan være lønnet og ulønnet. I loven står reglene om permisjon hovedsakelig i aml. kap. 12, mens reglene om ytelser under denne permisjonen står i folketrygdloven kap. 14. Det finnes også andre regler om permisjon i Hovedavtalen, samt i særavtaler og individuelle avtaler, men det faller utenfor oppgaven å gå inn på disse reglene helt konkret.

På samme måte som med permittering har arbeidstaker både rett og plikt til å fortsette i arbeidet når permisjonsperioden er over. På denne måten opphører dermed ikke arbeidet, slik

²³ Tre vilkår må være oppfylt: For det første må det være en ”virksomhet eller del av virksomhet” som overføres, dvs. en ”selvstendig enhet”, jf. aml. § 16-1(1). For det andre må enheten ”beholde[] sin identitet” etter overføringen, jf. aml. § 16-1(1), noe som betyr at det kun må være tale om en midlertidig arbeidsstans, og at det må være igjen så mye av aktiva og av de ansatte som etter gjeldende rett er tilstrekkelig til at virksomhetens identitet anses overført. Til slutt må det være en godkjent overføringssituasjon etter gjeldende rett, som bl.a. vil være avtale, anbud og arv. Se mer om dette i Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 500 flg.

at ansienniteten ikke avbrytes.²⁴ Jakhelln²⁵ legger imidlertid til grunn at ”selv fraværstiden kan neppe gi ansiennitet overfor de som har vært i aktiv tjeneste i bedriften i denne tid”. I utgangspunktet er dette en god regel; når mye av begrunnelsen for vektlegging av ansiennitet er rimeligheten av å ta hensyn til lang og tro tjeneste i bedriften som gjør at arbeidstaker opparbeider seg kunnskap som er til fordel for arbeidsgiver, så vil den pausen som en permisjon innebærer falle utenfor. Når det gjelder helt kortvarige permisjoner, som permisjon for å gå i begravelse, kommer ikke disse hensynene sterkt inn. Det er her tale om så kort tid at det nevnte hensynet ikke taler for trekk i ansienniteten. Det samme må etter mitt skjønn gjelde for andre kortvarige permisjoner, som f. eks. en omsorgspermisjon på kun et par uker. Er det imidlertid tale om mer langvarige permisjoner som følger av tariffavtale eller individuell avtale, som f. eks. en advokats permisjon for å skrive doktorgrad, så er det etter mitt skjønn klart at tiden man er borte ikke skal gjelde som ansiennitet, uten at ansienniteten av den grunn avbrytes.

Man kan neppe sette opp helt klare grenser for når permisjonen er så langvarig at den ikke gjelder som ansiennitet. Det vil bygge på en skjønnsmessig vurdering styrt av hensynet bak vektleggingen av ansiennitet, rimeligheten av å ta hensyn til lang og tro tjeneste: på et visst punkt vil permisjonen bli så langvarig at den vil falle utenfor dette hensynet, og dermed ikke lenger gjelde som ansiennitet.

Et slikt utgangspunkt er imidlertid problematisk for flere av de lovbestemte permisjonsreglene i aml. kapittel 12.

Av likestillingsloven § 3(1) følger det at indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er forbudt. Indirekte forskjellsbehandling forstås i bestemmelsens tredje ledd som ”(..) enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”. Dette betyr at det er handlingens virkning, her konsekvensene av en regel om at permisjonstiden ikke regnes som ansiennitet, som er sentral i forhold til om det er tale om indirekte diskriminering; det må ha en kjønnskjev virkning²⁶.

Særlig permisjon i forbindelse med fødsel (aml. §§ 12-1, 12-2 og 12-8) samt forskjellige former for omsorgspermisjon (aml. §§ 12-4 og 12-5) er enten kun forbeholdt kvinner eller fremdeles dominert av kvinner. Kvinner vil dermed i flere tilfelle enn menn ta ut slik permisjon, og dermed få en mindre gunstig ansiennitetsberegning enn mennene som arbeider i denne perioden. Det er da ingen tvil om at en regel som sier at slik permisjon ikke skal være tellende som ansiennitet ”faktisk virker slik at det stiller [kvinner] dårligere enn [menn]”, jf. likestillingsloven § 3(3).

²⁴ Dege, *Den individuelle arbeidsrett* (2009) s. 711

²⁵ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 746

²⁶ Hedlun og Semner, *Likestillings- og diskrimineringslovene: med kommentarer* (2008) s. 132

Slik indirekte diskriminering vil være tillatt etter likestillingsloven § 3(4) dersom tiltaket har et saklig formål (saklighetskravet), middelet som anvendes er egnet og nødvendig (nødvendighetskravet) og det ikke må anses som et uforholdsmessig inngrep i retten til å ikke bli kjønnsdiskriminert (proporsjonalitetskravet). Dette er kumulative vilkår, og departementet slår fast i forarbeidene²⁷ at dette er en snever unntaksregel, jf. særlig ordlyden ”særlige tilfeller” i bestemmelsens fjerde ledd.

Formålet bak regelen om at lengre permisjon i utgangspunktet ikke skal gjelde som ansiennitet er som vist ovenfor at begrunnelsen bak å tillegge ansiennitet vekt, rimeligheten av å ta hensyn til lang og tro tjeneste i bedriften som gjør at arbeidstaker opparbeider seg kunnskap, ikke gjør seg særlig gjeldende mens arbeidstaker har permisjon. Ut fra de objektive kriteriene som etter forarbeidene²⁸ skal legges til grunn for formålsvurderingen er dette et saklig formål etter likestillingsloven § 3(4). Det kan heller ikke være tvil om at en slik regel er egnet til å oppnå det overnevnte formålet, og det kan vanskelig tenkes at formålet kan nås med mindre inngripende tiltak. Regelen er dermed også nødvendig.

Forholdsmessighetskravet åpner for en interesseavveining mellom hensynet til den som forskjellsbehandler og begrunnelsen for forskjellsbehandling på den ene siden, og konsekvensene handlingen får for den forskjellsbehandlede på den andre siden. I dette tilfellet må det sies at den begrunnelsen bak vektleggingen av ansiennitet i utvelgelsen, at man skal belønne lang og tro tjeneste, taler for regelens lovlighet, men ikke særlig tungt; vedkommende er fremdeles ansatt i bedriften, det er bare at hun ikke arbeider aktivt i denne perioden. Det er altså ikke et særlig tungveiende saklig formål. På den andre siden kan en slik pause i ansienniteten få betydelige konsekvenser for arbeidstaker i nedbemanningsprosessen. Hensynene på arbeidstakersiden er særlig tungtveiende i de tilfellene hvor pensjonen i utgangspunktet er obligatorisk og ikke et valg, slik som fødselspermisjon etter aml. § 12-4.

Hensynene på arbeidstakersiden veier etter mitt skjønn tyngst, både når permisjonen er frivillig og obligatisk, noe som gjør en slik regel uforholdsmessig.

En slik regel vil for slike tilfeller være i strid med likestillingsloven § 3(1), jf. (4) og er dermed ikke gyldig. En tilsvarende vurdering må legges til grunn for menn som tar ut permisjon pga. frivillig eller pliktig militærtjeneste etter aml. § 12-12²⁹.

Spørsmålet om hvorvidt en permisjon betyr et avbrudd eller en pause i ansiennitetsberegningen er altså ikke behandlet direkte i verken lov, forarbeider eller rettspraksis. Men ut fra de hensynene som er beskrevet ovenfor så vil i utgangspunktet permisjon av en viss lengde etter mitt skjønn dermed ikke bety et opphør av arbeidsforholdet slik at ansiennitet løper på ny etter pensjonstiden, men det vil innebære en pause slik at

²⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 38-39

²⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112

²⁹ Tilsvarende Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 711

fraværstiden ikke gir ansiennitet. En slik pause i ansienniteten gjelder imidlertid etter mitt skjønn ikke for de permisjonsreglene nevnt ovenfor som hovedsakelig eller utelukkende gjelder for ett av kjønnene.

4.4 Kvalifikasjoner

Det er på det rene at kvalifikasjonshensyn generelt sett vil regnes som saklige hensyn i utvelgesvurderingen³⁰. Dette legger Høyesterett til grunn i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) hvor man på side 886-887 uttaler at "[d]et er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakerens kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov".

RG 2000 s. 1276 (Høyteknologibedriftsdommen) gir eksempler på hvilke typer kvalifikasjoner man kan legge vekt på. Denne dom gjaldt oppsigelse pga. nedbemanning av en Dr. ingeniør ved en høyteknologibedrift. Lagmannsretten aksepterte at bedriften både hadde lagt vekt på kompetanse og egnethet, slik at kompetanse var arbeiderstakers faglige dyktighet mens egnethet hovedsakelig relaterte seg til samarbeidsevner og lojalitet.

Denne praksisen illustrerer at bedriften i utgangspunktet kan "trekke inn ethvert forhold som kan ha betydning for hva som er mest tjenlig for arbeidsgiver"³¹. Dette må imidlertid begrenses av at de kvalifikasjoner som arbeidsgiver vektlegger både må være relevante i forhold til bedriftens behov og i forhold til hver enkelt arbeidstaker. Mens det vil være saklig å legge vekt på arbeidstakers salgsegenskaper når han jobber som bilselger, er det ikke selvsagt at det samme kan sies hvis han jobber som elektriker.

Hva som menes med kvalifikasjonshensyn må dermed tolkes vidt, slik at f. eks. både fysisk og psykisk egnethet medregnes³². Når det gjelder oppsigelse pga. arbeidstakers forhold gjelder det en minstestandard; så lenge arbeidstaker utfører arbeidet tilfredsstillende så kan hun ikke sies opp bare fordi arbeidsgiver kan ansettes en dyktigere arbeidstaker³³. Dette kan ikke gjelde tilsvarende ved nedbemanning. En eller flere arbeidstakere må her uansett sies opp, og da blir det relevant å legge vekt på kvalifikasjonsforskjeller selv om den med dårligst kvalifikasjon oppfyller et slikt minstekrav. En grense nedad kan imidlertid tenkes, noe Fanebust³⁴ kaller "arbeidstakers slingringsmonn": minimale kommunikasjonsproblemer kan ikke brukes som grunnlag for differensiering. Pga. de spesielle forhold under en nedbemanning, at man måler ansatte mot hverandre i forhold til hvem som skal bli oppsagt, kan en slik minsteterskel ikke settes særlig høyt, slik at det kun er usaklig å vektlegge de helt minimale fravik hos arbeidstakerne.

³⁰ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 173

³¹ Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 707

³² Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 173

³³ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 433

³⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 172

Det må imidlertid legges inn en reservasjon på den måte at hvorvidt man kan legge vekt på manglende reell og/eller formell kompetanse avhenger av om vedkommende arbeidstaker faktisk har fått anledning til å heve sin kompetanse. NAD 1987 s. 429 Stavanger (Tri-State Oil) er en tingsrettsdom med begrenset rettskildeværdi, men den illustrerer allikevel dette. Dommen gjaldt en arbeidstaker som var ansatt som trainee, og som skulle få status som supervisor etter noen tid. Under reorganiseringen i bedriften ble han sagt opp med den begrunnelse at han ikke hadde de tilstrekkelige kvalifikasjoner. Til dette sa retten at arbeidsgiver ”må bebreides at de ikke sørget for å gi A en mer allsidig praksis og opplæring” noe som førte til at ”[o]m det kan ha vært en forskjell i dyktighet, skyldes dette bl.a. den mangelfulle opplæring han har fått i selskapet”.

Denne uttalelsen tyder på at så lenge arbeidstakers mangelfulle kvalifikasjoner skyldes mangelfull opplæring som hovedsakelig kan bebreides arbeidsgiver, vil det ikke være saklig å legge vekt på en slik mangel ved utvelgelsesvurderingen og den må heller rettes opp med videre opplæring.

RG 1992 s. 1167 Drammen (Sigdal Industrier AS) viser imidlertid at det er grenser for hvor langt dette kan trekkes. Denne dom gjaldt en ansatt med 12 år ansiennitet som bl.a. hadde jobbet med faktura/kjøp. Hun krevde å bli ansatt i ordrekontoret, på bekostning av en av de som allerede jobbet der. Dette ble av retten beskrevet som rimelig avansert arbeid, og det ble estimert at hun ville trenge rundt seks måneder opplæring mens de som nå jobbet der allerede var kvalifisert. Hun vant ikke frem.

Det denne dommen viser er at arbeidsgiver må ha hatt en oppfordring til å lære opp arbeidstaker for at dette skal vektlegges, og at det må bebreides arbeidsgiver at dette ikke ble gjort. Tri-State Oil er et eksempel på at arbeidsgiver hadde feilet i sitt opplæringsansvar av arbeidstaker, mens arbeidsgiver ikke hadde en lignende oppfordring i Sigdal Industrier AS. Dermed kunne arbeidstakers manglende erfaring vektlegges i sistnevnte dom.

Dette poeng må kunne generaliseres slik at i hvor stor grad den ansattes kompetanse skal kunne vektlegges vil avhenge av i hvilken grad de ansatte har hatt anledning til å heve sin kompetanse³⁵. Arbeidstaker må selvfølgelig ta ansvar selv, spesielt hvis yrket vil bli stilt overfor nye formelle kompetansekrav, men det må også kreves at arbeidsgiver legger til rette for slik kompetanseheving. Imidlertid blir dette hovedsakelig et spørsmål om hvilken *vekt* kvalifikasjoner skal ha, ikke *om* de i det hele tatt er saklige; sistnevnte reserveres etter mitt skjønn hovedsakelig til forhold hvor kvalifikasjonsmanglene helt hadde blitt helt opprettet hvis arbeidsgiver hadde utført sine plikter. Det samme må gjelde for ulike typer formell kompetanse: Hvis slik kompetanse aldri har blitt vektlagt tidligere av arbeidsgiver, vil vekten av slik kompetanse være begrenset, men så lenge den er relevant i forhold til arten av arbeidet vil den alltid være et saklig moment.

³⁵ Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 707

Med disse reservasjoner kan man således, avhengig av type bedrift, legge vekt på formell kompetanse og realkompetanse. Under realkompetanse går mange forskjellige typer egenskaper som øker produksjonen, bedrer arbeidets utførelse osv. Eksempler på dette kan være selvstendighet, hvor godt man forholder seg til kollegaer og omverdenen o.l. Særlig når omstillingsprosessen er vanskelig pga. store økonomiske problemer må det etter mitt skjønn være saklig å vektlegge at en arbeidstaker har en lojal innstilling til de driftsmessige beslutninger som arbeidsgiver treffer³⁶. Imidlertid må man se dette i forhold til det sterke vernet som arbeidstakers varsling har fått i aml. § 2-4; hvis arbeidsgiver skulle kunne vektlegge forhold som beskyttes av denne paragrafen, vil det være en indirekte straff pga. lovlig varsling, noe som selvfølgelig ikke kan aksepteres. Slike forhold er dermed usaklige.

Det er imidlertid også klart at erfaringen som kommer gjennom lang ansiennitet i en bedrift i seg selv er en kvalifikasjon som kan veie opp for f. eks. manglende formell utdanning. Dette illustreres av LG 2000 s. 207 Gulating hvor lagmannsretten la betydelig vekt på dette momentet.

4.5 Sosiale hensyn

I tillegg til ansiennitet og kvalifikasjon, vil forskjellige menneskelige og sosiale hensyn være saklige. Dette kan formuleres slik at det skal foretas en ulempevurdering av oppsigelsen i forhold til hver enkelt arbeidstaker³⁷. At slike hensyn kan være saklige i utvelgelsesvurderingen fremgår av Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). Høyesterett sa her at "(...) også klare sosiale og menneskelige hensyn" må kunne tillegges vekt. Ut fra dette vil ulemper som ikke direkte har tilknytning til arbeidsforholdet, som arbeidstakers økonomisk situasjon, dermed kunne være saklige hensyn i utvelgelsesvurderingen fordi de innvirker på den generelle rimeligheten av oppsigelsen, og dermed om den er "saklig begrunnet" etter aml. § 15-7(1) og "saklig grunn" etter Hovedavtalen § 9-12(1).

Dette blir selvfølgelig en relativ vurdering; hvis de andre aktuelle arbeidstakerne har de samme eller tilsvarende vektige sosiale problemer, så utligner disse momentene hverandre slik at de ikke er av vekt i avveiningen. Men utgangspunktet under dette punkt er at momentene allikevel er *saklige*, den relative vekten av dem er tema under punkt 5.

Ut fra dette finnes det en rekke forskjellige sosiale hensyn som kan tenkes å påberopes i en nedbemanningsvurdering. Eksempler er forskjellige økonomiske problemer, andre relevante byrder i hjemmet (aleneforsørger, sykt barn etc.), høy eller lav alder, arbeidstakers helse etc. Fremstillingen nedenfor pretenderer ikke å være uttømmende, men har som mål å vurdere sakligheten av utvalgte sosiale hensyn som er omstridte i rettspraksis. Jeg vil gå gjennom sakligheten av å vektlegge arbeidstakers alder (4.4.1), økonomiske forhold (4.4.2) og arbeidstakers sykdom og reduserte arbeidsevne ellers (4.4.3).

4.5.1 Alder

Med virkning fra 1. mai 2004 ble aml.1977 utvidet med to kapitler om likebehandling i

³⁶ Jakhelln og Aune, *Arbeidsrett.no: Kommentar til arbeidsmiljøloven* (2006) s. 868

³⁷ Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 714

arbeidslivet, X A og X B. Bestemmelsene gjennomførte Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Den hovedsakelige følgen av dette var at man fikk et eksplisitt forbud mot diskriminering pga. alder i aml. 1977 § 54B, jf nå aml. § 13-1. Denne paragraf gjelder både diskriminering pga. høy og lav alder, men forarbeidene til endringen³⁸ slår fast at bestemmelsen har hovedfokus på diskriminering pga. høy alder. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) sier på s. 325 at "[b]estemmelsen i første ledd [av aml. § 13-1] viderefører gjeldende forbud mot diskriminering på grunn av (...) alder i § 54 B nr. 1". Forbudet mot aldersdiskriminering ble dermed videreført uendret i aml. § 13-1(1).

Etter denne bestemmelsen er dermed aldersdiskriminering forbudt, men det følger av aml. § 13-3(2) at "[f]orskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot (...) diskriminering på grunn av alder".

Det kan stilles spørsmål ved om det vil være saklig av arbeidsgiver å legge vekt på alder kun fordi man vil ha en eldre eller yngre gjennomsnittsalder blant de ansatte. I Rt. 2011 s. 609 (SAS) aksepterte Høyesterett at partene hadde blitt enige om at man ved nedbemanningen skulle si opp de som var 60 år eller eldre. Dette ble ansett som å falle inn under unntaket i aml. § 13-3(2) fordi utvelgelseskriteriet ble valgt ut fra at dette var de arbeidstakerne som en oppsigelse ville få minst konsekvenser for, jf. dommens avsnitt 86. Kriteriet ble heller ikke ansett uforholdsmessig inngripende, hovedsakelig av den grunn at disse arbeidstakerne hadde rett til betydelige, svært gunstige pensjonsytelser. Det ble også vektlagt at på oppsigelsestidspunktet var vanskelig for piloter som ble oppsagt å få nytt arbeid, noe som førte til at også yngre piloter ville ha store problemer med å få nytt arbeid etter å ha blitt oppsagt.

Rt 2011 s. 964 (Gjensidige) gjaldt ikke nedbemanning, men hvorvidt en bedriftsintern aldersgrense på 67 år var aldersdiskriminerende. I avsnitt 60 blir regelen akseptert som formålmessig etter aml. § 13-3(2) fordi "[h]ensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene har åpenbart stått sentralt. Det samme har at ordningene imøtekommer et utbredt ønske hos mange ansatte om å gå av ved fylte 67 år med tjenestepensjon i tillegg til folketrygdens alderspensjon – samtidig som det skapes forutberegnelighet for arbeidsgivere". Høyesterett fastslo så at oppsigelsesvilkåret ikke var "uforholdsmessig inngripende".

Spørsmålet blir om denne dom har noen rettsvirkning i forhold til spørsmålet om hvorvidt det vil være saklig av arbeidsgiver å legge vekt på alder kun fordi man vil ha en yngre gjennomsnittsalder blant de ansatte ved nedbemanning. Det at dommen gjelder en tradisjonsrik ordning basert på slike avtaler og praksis gjør at overføringsverdien til nedbemanningssituasjonen, hvor man etter det jeg vet ikke har en slik tradisjon for å tillegge vekt at arbeidstaker har fylt 67 år, blir begrenset.

Det kan fremdeles tenkes at det å legge vekt på så høy alder som 67 år kun fordi man vil ha en yngre arbeidsstokk vil være et "saklig formål" etter aml. § 13-3(2), men etter mitt skjønn vil et slikt vurderingsmoment ikke være nødvendig for å oppnå formålet, jf. forholdsmessighetskravet: Det må være tilstrekkelig at arbeidsgiver har mulighet til å inngå avtale eller opparbeide en fast praksis om oppsigelse av arbeidstaker ved fylte 67 år helt generelt.

³⁸ Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 28

Etter mitt skjønn må det altså kreves konkrete momenter for å gjøre høy alder til saklig og forholdsmessig etter aml. § 13-3(2), slik som i SAS-dommen hvor oppnådd pensjonsalder med en svært gunstig pensjonsordning, særlig kombinert med et arbeidsmarked som også gjorde det vanskelig for yngre, ikke bare eldre, å få nytt arbeid, var tilstrekkelig. Det samme kan tenkes i tilfelle hvor arbeidet er fysisk og potensielt farlig.

Av samme grunn kan det heller neppe være saklig etter aml. § 13-1, jf 13-3(2) å isolert tillegge høy alder positiv vekt fordi man vil ha en noe høyere gjennomsnittsalder blant de ansatte. Man må vurdere om det er selvstendige grunner for å tillegge høy alder vekt som vil gjøre at det ikke er diskriminerende, og dermed saklig:

Et eksempel på dette følger av Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). Her la retten til grunn at det var saklig av bedriften å la det tale mot oppsigelse for en av de ansatte at han var 64 år gammel, og dermed "ville ha større vansker enn de øvrige med å få nytt arbeid". Det samme poenget trekkes frem i LB-2005-42308 Borgarting hvor retten legger vekt på at "[e]n oppsigelse vil (...) ramme B særlig hardt" bl.a. fordi han var 59 år og dermed ikke lett ville få seg ny jobb. Selv om sistnevnte dom er en lagmannsrettsdom med begrenset prejudikatverdi så er det et poeng at dette momentet har bestått over tid i rettspraksis.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven³⁹ viderefører dette poenget når departementet sier at det ofte er problemfylt for en eldre person å få nytt arbeid. Hva som kan regnes som "eldre" i denne sammenheng må være relativt til typen yrke, slik at det er naturlig at man setter alderen noe lavere når det gjelder mer fysisk arbeid som industri enn typisk kontorarbeid. Som vist ovenfor har rettspraksis akseptert dette argumentet før innføringen av et eksplisitt forbud mot alderdiskriminering. Etter mitt skjønn må det fremdeles antas at dersom det kan påvises at det generelt sett vil være problematisk for vedkommende arbeidstaker å få nytt arbeid pga. sin høye alder, så er dette et så tungtveiende "saklig formål" at det ikke vil være "uforholdsmessig inngripende" å regne dette som et saklig moment ved utvelgelsesvurderingen, jf. aml. § 13-1(1), jf. § 13-3(2).

4.5.2 Økonomiske forhold

Det kan så spørres om arbeidstakers økonomiske forpliktelser skal tillegges vekt som utvelgelseskriterium. Illustrerende er RG 1994 s. 1250 Trondheim. I denne dom hadde arbeidstaker bl.a. 850.000,- i gjeld. Dette måtte "åpenbart vektlegges" i utvelgelsen.

RG 1992 s. 669 Nordre Sunnmøre gjaldt hvorvidt utvelgelsen hadde skjedd etter en forsvarlig saksbehandling, men må gjelde tilsvarende på realiteten. I denne vurdering ble det særlig trukket frem i arbeidsgivers disfavør at man ikke visste at den ene arbeidstakeren hadde ca. 1 million kr i gjeld. Det må forstås at dette ville vært et relevant moment i vurderingen.

Ut fra dette må det i utgangspunktet være saklig å legge vekt på at en arbeidstaker sliter økonomisk. Hvor store disse problemene må være, er imidlertid mer usikkert. I dommene referert over er det tale om virkelig betydelige økonomiske problemer. Det er tvilsomt om disse dommene representerer en nedre grense. Jakhelln og Aune.⁴⁰ argumenterer for at det må

³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 27-28

⁴⁰ Jakhelln og Aune., *Arbeidsrett.no: Kommentar til arbeidsmiljøloven* (2006) s. 869

være utsikter til at en oppsigelse ”vil ramme arbeidstakeren og hans nærmeste betydelig hardere enn det som ellers vil gjelde for arbeidstakere i samme situasjon” for at det skal kunne vektlegges som utvelgelseskriterium. Så lenge de økonomiske problemene ikke er større enn gjennomsnittet vil ikke dette representere en relevant ulempe for arbeidstaker, men er den økonomiske situasjonen verre enn gjennomsnittet vil det i utgangspunktet være et saklig hensyn.

Bortsett fra de tilfellene som nevnt ovenfor, er det neppe saklig å tillegge den private økonomiske situasjonen vekt i helhetsvurderingen. Hvis en arbeidstaker har betydelig bedre økonomi enn gjennomsnittet så vil ikke dette etter mitt skjønn være et saklig moment i seg selv; arbeid har en så stor egenverdi at kun de betydelige økonomiske problemene kan anses som et saklig moment.

Det kan i forlengelsen av dette stilles spørsmål ved om det er saklig å legge vekt på ektefellens forhold, hovedsakelig slik at dårlige økonomiske utsikter for ektefellen trekker i retning av at arbeidstakeren beholder jobben, men også motsatt. Som vist ovenfor har rettspraksis lenge lagt til grunn at dette er saklig. Imidlertid setter likestillingsloven § 4(2), jf. § 3(1) og § 3(3) forbud mot handlinger som ”faktisk virker slik at det ene kjønn på urimelig måte stilles dårligere enn det annet”. Selv med den betydelige likestillingsutviklingen i Norge, er det fremdeles flere menn enn kvinner i arbeid, og særlig i full stilling. Menn tjener også i gjennomsnittet mer enn kvinner for likt arbeid. Skulle man dermed legge vekt på ektefellens situasjon ville dette innebære at kvinner ofte vil være de første som må gå⁴¹, noe som klart ”(..) på urimelig måte [vil stille kvinner] dårligere enn [menn]”. Mye kan dermed tale for at man i alle fall må være svært forsiktig med å anvende et slikt vurderingsmoment.

Høyesterett kom imidlertid til motsatt resultat i Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). I denne sak ble to gifte kvinnelige arbeidstakere med ektefelle som hadde stabil inntekt, sagt opp. Likestillingsombudet og likestillingsrådet hadde i tilknytning til saken uttalt at ”[d]et vil være i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jfr. § 3 annet ledd annet punktum dersom en arbeidsgiver i forbindelse med oppsigelsessaker legger vekt på ektefelles inntektsforhold, slik at oppsigelser skal skje i de tilfelle ektefellen har inntekt/har brukbar inntekt”. Høyesterett uttalte imidlertid på side 888 at denne uttalelsen ”bygger (...) på et uriktig grunnlag” fordi ”[d]e sosiale og menneskelige hensyn som bedriften la vekt på – alder og forsørgelsesforhold – er i seg selv kjønnsnøytrale”. Denne dom er 25 år gammel og med den betydelige likestillingsutviklingen som har skjedd både i rettssystemet og samfunnet ellers siden da, kan det stilles spørsmål ved om denne uttalelsen fremdeles er holdbar. Av de grunner som er nevnt ovenfor er det etter mitt skjønn tvilsomt om Høyesterett i dag ville kommet frem til at forsørgelsesforhold, herunder ektefellens inntekt, er et ”kjønnsnøytral[t]” forhold.

Man må være forsiktig med å være for bastant når det gjelder en så klar Høyesterettsuttalelse, men etter mitt skjønn har rettsutviklingen gått såpass i retning av økt likestilling siden Hillesland-dommen at det må åpnes for at vektlegging av ektefellens økonomiske situasjon i dag i utgangspunktet må regnes som indirekte diskriminering etter likestillingsloven § 3(1), jf. (3). Under slike forhold kan det vanskelig tenkes at det å vektlegge et slikt moment vil kunne være saklig etter § 3(4), slik at det vil stride mot § 3(1)⁴².

⁴¹ Tilsvarende Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 184

⁴² Tilsvarende Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 184

Den senere likestillingsutviklingen gjør at prejudikatverdien av denne del av Hilleslanddommen er usikker, og rettstilstanden på dette området er av denne grunn uklar.

4.5.3 Sykdom og redusert arbeidsevne ellers

Spørsmålet her er om arbeidsgiver kan vektlegge at en arbeidstaker har et stort sykefravær og/eller redusert arbeidsevne. Det er utvilsomt at arbeidsgiver i en slik situasjon vil få en mindre fleksibel, mindre effektiv og mindre pålitelig arbeidskraft. Av samme grunn vil arbeidstakere i en slik situasjon ha store problemer med å finne nytt arbeid, slik at det blir ekstra viktig for denne å beholde arbeidet. Ved vurderingen av om det er saklig å vektlegge dette ved vurderingen har man dermed sterke hensyn på begge sider.

En av dommene hvor nedsatt arbeidsevne og sykdom har blitt ansett som et saklig moment er NAD 1988 s. 263 Gulating (Pedro Ytredal AS-saken), som gjaldt aml. 1977. Etter nedbemanningen hadde virksomheten behov for verkstedfolk som kunne overhale bedriftens maskinpark og som kunne tre inn for hverandre i de aller fleste arbeidsoperasjoner under utendørs oppdrag. En maskinkjører som ble oppsagt hadde store problemer med ryggen, og kunne derfor ikke være en slik "allrounder" som bedriften nå trengte. Lagmannsretten uttaler at "[v]ed utvelgelsen må bedriftsledelsen ha anledning til å ta i betraktning Sætres manglende allsidighet". Det var også relevant å vektlegge at han tidligere hadde vært sykemeldt, og at "[d]et var grunn for bedriften å regne med fortsatt relativt hyppige sykefravær".

En dom hvor resultatet ble motsatt er RG 1990 s. 1098 Frostating (Nordenfjeldske Spennbetong AS). Av de som ble sagt opp pga. nedbemanning i denne sak var bl.a. tre personer med betydelig sykefravær. Dette ble vektlagt av arbeidsgiver, og spørsmålet var om det var saklig etter aml. 1977 § 60 (nå § 15-7) og Hovedavtalen § 9-9 (nå 9-12(1)). Flertallet synes på side 1107 å forutsette at sykefravær i utgangspunktet kan være saklig, men presiserer at "[d]et kan legges til grunn at fraværet i det alt vesentlige skyldtes yrkesskade eller yrkessykdom (...). [Bedriften] har et tungt fysisk arbeidsmiljø, og det psykososiale arbeidsmiljø var også « tøft »". Av denne grunn konkluderte flertallet med at "(...) bedriftens utvelgelse på bakgrunn av det sykdomsfravær som forelå ikke er saklig".

Selv om utviklingen går i retning av større beskyttelse for syke og funksjonshemmede, se f. eks. den utvidede verneperioden i aml. § 15-8(1) kontra aml. 1977 § 64, så er det ingenting i rettspraksis som tyder på at rettsstillingen har forandret seg nevneverdig med innføringen av aml. § 15-7. Det må dermed legges til grunn at det i utgangspunktet er saklig å vektlegge sykefravær og nedsatt arbeidsevne i utvelgelsesvurderingen, spørsmålet blir hva som konkret må til for at så skal være tilfellet.

Dette må bero på en konkret helhetsvurdering med fokus på de motstridende hensyn som er beskrevet ovenfor. Ved betydning for hvor grensen skal trekkes vil være de samme argumenter som ved oppsigelse pga. arbeidstakers forhold⁴³. I THADE-2006-37535 Hadeland og Land blir dette beskrevet som fraværets lengde, arbeidstakers manglende utsikter til bedring og ulemper for bedriften, noe man ser reflekterer de motstridende interesser mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som vist ovenfor. At arbeidsgivers forhold er relevante illustrerer bl.a. RG 1993 s. 158 Drammen som på side 164-165 viser betydningen av at det blir gitt advarsel på forhånd. Det at lagmannsretten i Nordenfjeldske Spennbetong AS-saken la

⁴³ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 172

betydelig vekt på at sykdommen skyldtes en yrkesskade, illustrerer også dette poenget.

Disse momentene er dermed de mest sentrale i vurderingen av om sykdommen og/eller den reduserte arbeidsevnen er tilstrekkelig alvorlig til å være et saklig hensyn under nedbemanningsvurderingen. Som med kvalifikasjoner nevnt under pkt. 4.3 må disse momentene ha større gjennomslagskraft når oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold enn når arbeidstakers oppsies pga. egne forhold. Dvs. at ”dersom en arbeidstaker er valgt ut fordi vedkommende har hatt mye fravær, faller oppsigelsen således ikke sammen selv om forholdene er så vidt bagatellmessige at de isolert sett ikke gir saklig grunn for oppsigelse⁴⁴. Det betyr ikke at det ikke er en nedre grense for hva som er saklig, bare at den er lavere enn ved oppsigelse pga. arbeidstakers forhold.

Så vidt meg bekjent finnes det ikke relevant rettspraksis på dette området hvor det har vært vurdert om midlertidig og mindre alvorlig sykdom kan vektlegges i utvelgelsesvurderingen. Ut fra vurderingsmomentene listet opp overfor synes det imidlertid klart at sykefraværet og/eller den nedsatte arbeidsevnen må være kronisk og påføre arbeidsgiver betydelige ulemper for at det skal være saklig å vektlegge dette momentet. RG 1990 s. 1098 illustrerer at det er et sterkt argument mot at sykdom og nedsatt arbeidsevne er et saklig moment hvis dette er yrkesskader som følge av tungt fysisk og/eller psykisk arbeidsmiljø. I en slik situasjon må altså arbeidsgiver tåle betydelig større ulemper. Imidlertid må det også her være grenser, det kan etter mitt skjønn ikke kreves at arbeidsgiver i en slik situasjon må beholde arbeidstakeren uansett alvorsgraden av sykdommen. Et svært betydelig sykdomsfravær eller nedsatt arbeidsevne pga. en kronisk sykdom vil dermed også i slike tilfelle være et saklig moment, men det må altså vesentlig mer til enn ellers. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker ofte kompenseres gjennom erstatningsretten.

Rettstilstanden kan dermed oppsummeres slik at sykdomsfravær og redusert arbeidsevne under visse vilkår, se ovenfor, kan være saklige utvelgelseskriterier under utvelgelsen. Vekten av disse avhenger i stor grad av aml. § 4-6, noe jeg kommer tilbake til under punkt 5.

Det må også nevnes at RG 1994 s. 1250 Trondheim byrett er et eksempel på at i tilfelle hvor sykdom ikke kan bevises å ha innvirkning på arbeidet, men vil føre til problemer med å få nytt arbeid hvis arbeidstaker blir oppsagt, så er dette et saklig argument til fordel for at arbeidstaker skal kunne beholde jobben. I denne dommen hadde arbeidstaker en hjertefeil som arbeidsgiver ikke kunne bevise hadde hatt eller ville ha innvirkning på hans utførelse av arbeidet, men hjertefeilen gjorde det problematisk for ham å få ny jobb. Dette var et av argumentene som gjorde at han beholdt stillingen ved nedbemanningen.

5 Vektleggingen

Ovenfor har jeg avklart hvilke momenter, i tillegg til ansiennitetsprinsippet, det er saklig for arbeidsgiver å ta hensyn til i avveiningsvurderingen etter aml. § 15-7(1) og Hovedavtalen § 9-12(1). Spørsmålet under dette avsnittet blir i hvilken grad og på hvilken måte disse bestemmelsene binder arbeidsgivers vektlegging av disse saklige momentene i den konkrete avveiningen mellom arbeidstakerne som potensielt kan sies opp.

⁴⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 172

5.1 Innledende rettskildemessige bemerkninger

5.1.1 Forholdet mellom aml.1977 § 60 og aml. § 15-7

Som vist ovenfor i punkt 4.1 er § 15-7 ment som en videreføring av aml.1977 § 60. Derfor kan rettspraksis om avveiningsspørsmålet under denne lov brukes tilsvarende. Samme sted er det henvist til forarbeidsuttalelser til aml.1977 § 60 som sier at pga. en utvikling på den tiden mot å legge større vekt på rimelighetshensyn i arbeidstakers favør, må man være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn. Vekten av rettspraksis fra før aml.1977 som går i arbeidstakers disfavør, særlig den som behandler vekten av sosiale hensyn, er altså begrenset.

5.1.2 Forholdet mellom Hovedavtalen før og etter 1994-1997

Hovedavtalen i 1994-1997-utgaven ble forandret fra at ansiennitet ”under ellers like vilkår” skulle følges til slik som Hovedavtalen § 9-12(1) lyder i dag: ”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn”. Spørsmålet er om dette innebærer en forandring i forhold til denne bestemmelsens regulering av avveiningsspørsmålet. Jeg nevner i denne sammenheng at ordlyden er den sentrale rettskilden ved tolkning av tariffavtaler⁴⁵, men at også andre rettskilder, som rettspraksis, protokolltilførsel og kommentarer fra de tilsluttede parter, kan være av veiledende og utfyllende betydning.

En alminnelig ordlydsforståelse av den tidligere Hovedavtalen § 9-9 taler for at arbeidsgivers plikt til å vektlegge ansiennitetsprinsippet først oppstår når det ellers er like vilkår mellom arbeidstakerne. En slik forståelse vil innebære at ansiennitet i realiteten faller utenfor helhetsvurderingen; denne består av de andre relevante hensynene, og ansiennitet kommer først inn hvis disse andre vilkårene ikke taler nevneverdig for noen av de aktuelle arbeidstakerne. En ordlydsforståelse av Hovedavtalen § 9-12(1) taler på den andre siden for at ansiennitetskriteriet nå er *utgangspunktet* for vurderingen, men at dette kan fravikes ved ”saklig grunn”. Det kan dermed virke som om ansiennitetsprinsippet etter Hovedavtalens § 9-12(1) nå har større gjennomslagskraft enn det hadde i tidligere Hovedavtalens § 9-9.

NHOs kommentar til Hovedavtalen § 9-12(1) sier at ”[b]estemmelsen innebærer ikke at man ved oppsigelser som følge av innskrenkninger e.l. er forpliktet til å følge ansienniteten, men at tjenestetid er et av de momenter som skal tas med ved vurderingen. Ansiennitet er med andre ord et (av flere) saklige utvelgelseskriterier”. LOs kommentar: ”Bestemmelsen fastslår som hovedregel at ansiennitetsprinsippet skal følges ved innskrenkninger. Ansienniteten kan likevel fravikes når det foreligger saklig grunn til det. (..) Regelen medfører at ansienniteten som hovedregel skal følges også i tilfeller hvor det ikke er like vilkår. Regelen gjelder uansett ansettelsesforholdets varighet. Generelt må det antas at jo større ansiennitetsforskjellen er, jo større er kravene til saklig grunn for å fravike ansienniteten (..)”. LO synes dermed å vektlegge ansiennitet i større grad enn NHO, og særlig LO sin tolkning går i retning av et skjerpet ansiennitetsprinsipp i Hovedavtalen § 9-12(1) kontra ordlydsforståelsen av tidligere § 9-9.

Rettspraksis vedrørende den tidligere Hovedavtalen § 9-9 kan brukes til å fastsette innholdet

⁴⁵ Fougner m.fl., *Kollektiv arbeidsrett* (2008) s. 183-186

av denne bestemmelsen. RG 1990 s 1089 Frostating (Nordenfjeldske Spennbetong AS) er her sentral. På side 1104-1105 sier lagmannsretten at ”Hovedavtalen § 9-9 betyr at ansiennitetsprinsippet skal følges dersom vilkårene for øvrig er like, og det da uten hensyn til om ansiennitetsforskjellene er store eller små. Stiller arbeidstakerne likt skal ansiennitetsrekkefølgen følges. Ansienniteten inngår ikke da som et moment i totalvurderingen – det vil den først gjøre dersom vilkårene ikke er like. Dette kan presiseres dithen at ansienniteten vil kunne påvirke utslaget av forskjellsvurderingen – jo mindre ansiennitetsforskjellen er, jo lettere vil en annen forskjell kunne være utslagsgivende eller jo mindre vil kreves for å konstatere grunn til å fravike ansiennitet. *Tariffregelen innebærer altså ingen ubetinget plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, men det må påvises saklige grunner dersom dette skal fravikes*” (min utheving).

Lagmannsretten forsto altså formuleringen i den tidligere Hovedavtalen § 9-9 dit hen at ansiennitetsprinsippet i realiteten er utgangspunktet, og at man trenger saklig grunn dersom det skal fravikes. Denne dom viser også at formuleringen ”under ellers like vilkår” var relativ på den måten at desto lengre ansienniteten og ansiennitetsforskjellene var, desto mer skulle til for at ansienniteten kunne fravikes. Følgelig ville ”like vilkår” i slike tilfelle måtte tolkes utvidende i forhold til et tilfelle med liten ansiennitetsforskjell, på den måten at selv når det f. eks. er kvalifikasjonsforskjeller, så må ansiennitet slå igjennom hvis ansiennitetsforskjellene er tilstrekkelig betydelige. Dette har gode grunner for seg: Formuleringene i de to bestemmelsene er i realiteten ikke særlig ulike, og begge åpner for en helhetsvurdering hvor forskjellene i de andre momentene må være større for å få avgjørende vekt desto større ansiennitetsforskjellene er, og omvendt.

Dette sammen med protokolltilførselen til Hovedavtalenn § 9-12(1) om at ”[t]ekstendringen innebærer ikke endring i gjeldende praksis” gjør at innholdet i § 9-12(1) ikke er en forandring fra § 9-9: Begge bestemmelser innebærer i realiteten at ansiennitet er utgangspunktet, og at det kreves saklig grunn for å fravike dette⁴⁶. *Hvor tungtveiende* denne saklige grunnen må være kommer jeg tilbake til.

5.1.3 Forholdet mellom Hovedavtalen § 9-12(1) og aml. § 15-7

Et spørsmål i grensen mellom rettskilde- og realitetsspørsmål, er om det er forskjell mellom Hovedavtalen § 9-12(1)’s ”saklig grunn” og ”saklig begrunnet i virksomhetens (..) forhold”, jf. aml. § 15-7(1). Jakhelln⁴⁷ hevder at ved tariffavtaler som Hovedavtalen § 9-12(1) så vil enhver forskjell i ansiennitet måtte tillegges relevans, mens når det kommer til aml. § 15-7(1) så er gjeldende rett at ansettelsestiden først tillegges relevans når den er mer enn 10-15 år og hvor det har vært en betydelig forskjell mellom de ansattes tjenestetid. Det må her vurderes om dette, ut fra de aktuelle rettskilder, faktisk er gjeldende rett.

Som vist ovenfor uttaler lagmannsretten i RG 1990 s. 1089 Frostating (Nordenfjeldske Spennbetong AS) at man skal tillegge ansettelsestiden vekt ”uten hensyn til om ansiennitetsforskjellene er store eller små”. Både NHO og LO slår fast det samme i sine respektive kommentarer til Hovedavtalens § 9-12(1). Også ordlyden taler for dette, all den tid ansiennitet er utgangspunktet i helhetsvurderingen i Hovedavtalen § 9-12(1). Imidlertid slår

⁴⁶ Dege, *Den individuelle arbeidsrett* (2009) s. 710-711 synes å komme frem til tilsvarende resultat

⁴⁷ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 745-746

lagmannsretten i samme dom fast et relativitetsprinsipp; desto større ansiennitetsforskjellene er, desto mer skal til for at andre relevante momenter skal utgjøre en ”saklig grunn” for å fravike ansienniteten. Dette er en naturlig følge av den helhetsvurderingen som det legges opp til i Hovedavtalens § 9-12(1).

Avviker rettstilstanden etter aml. § 15-7(1) fra dette? Så vidt meg bekjent finnes det ikke rettspraksis som så direkte sier at enhver forskjell i ansienniteten i prinsippet er relevant etter denne bestemmelsen, men det finnes annen rettspraksis som belyser spørsmålet. I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) ble arbeidstakere oppsagt i forbindelse med nedbemanning. Den oppsagte hadde vært ansatt i 8 år, 4 år lengre enn den arbeidstakeren man sammenlignet seg med som hadde kortest ansiennitet. På side 886 sier Høyesterett at ”(..) ingen av de arbeidstakere som denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem”.

Høyesterett gir uttrykk for at 8 år ansiennitet og 4 års forskjell i seg selv ikke utgjør et særlig tungtveiende moment. Men dette kan ikke tas til inntekt for at en slik ansiennitet og ansiennitetsforskjell er irrelevant. Tvert imot synes denne uttalelsen og det at man faktisk tar utgangspunkt i ansienniteten å tale for at ansettelsestiden av Høyesterett ble regnet som et moment i helhetsvurderingen etter aml. 1977 § 60, men at det pga. absolutt lengde og forskjell ikke var et særlig tungtveiende moment. Dette er helt i samsvar med det som er sagt ovenfor er sagt om Hovedavtalen § 9-12(1).

Uttalelsen i Nordenfjeldske Spennbetong AS-dommen om at ”[h]vorvidt Hovedavtalens ansiennitetsbestemmelse er etterlevet vil inngå som en del av saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljølovens § 60 [nå § 15-7]” taler også for at vektleggingen av ansiennitetsprinsippet i realiteten er den samme etter de to bestemmelsene, selv om man må være forsiktig med å tillegge lagmannsrettspraksis særlig selvstendig vekt. En tilsvarende uttalelse følger av LG 2000 s. 207 Gulating (Philips Petroleum).

Det kan anføres at siden ansiennitetsprinsippet er klarere fremhevet i Hovedavtalen § 9-12(1) enn i aml. § 15-7(1), så må prinsippet få noe større vekt etter tariffavtalen. Men som vist ovenfor legger Hovedavtalen § 9-12(1) kun opp til en helhetsvurdering, på samme måte som aml. § 15-7(1). På samme måte som etter Hovedavtalen § 9-12(1) vil ansiennitet etter aml. § 15-7(1) måtte følges ved utvelgelsen selv om forskjellene er små hvis ingen andre hensyn skiller arbeidstakerne fra hverandre. Ut fra det som er sagt ovenfor må det etter mitt skjønn dermed være slik at Hovedavtalens § 9-12(1) kun er en presisering av ”saklig begrunnet”-vilkåret i aml. § 15-7(1), og ikke en skjerping av ansiennitetsprinsippet⁴⁸. Disse bestemmelsene er dermed like i realiteten, og kan behandles sammen.

5.2 Den konkrete avveiningen

5.2.1 Utgangspunktet

Rettspraksis viser at den innbyrdes vektingen av ansiennitet og de andre saklige momentene

⁴⁸ Tilsvarende tilsynelatende Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 179: ”Det kan nok derfor hevdes at de tariffregler som foreligger, som f. eks. Hovedavtalen § 9-12, gir uttrykk for prinsipper som må legges til grunn med utgangspunkt også i arbeidsmiljøloven § 60 punkt 1 [nå aml. § 15-7(1)]”

som er gjennomgått under punkt 4 kommer an på den konkrete situasjonen. Som et generelt utgangspunkt kan det vises til Rt. 1986 s. 879 (Hillesland). I denne dom uttales det på side 886-887 at ”(..) avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov”. Man gikk videre til å si at arbeidstakerne ikke trenger være nøkkelpersoner, altså helt nødvendige for den fortsatte drift, for at kvalifikasjoner skal slå igjennom ansiennitet i en slik vurdering. Så slår man fast at ”[b]edriften må kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når det er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov”.

5.2.2 Bedriftens situasjon

Det at kvalifikasjonsforskjeller må vektlegges fremfor ansiennitet så lenge det er tilstrekkelig begrunnet i virksomhetens behov viser at vektingen blir relativ: Desto større behov vedkommende bedrift har for å beholde sine dyktigste arbeidstakere, desto større vekt må kvalifikasjonshensyn få.

Dette ble lagt til grunn i samme dom, som på side 887 sier at ”[j]eg må legge til grunn at [bedriften] var i en alvorlig situasjon hvor effektivitetshensyn gjorde seg gjeldende med stor styrke”. Siden nedbemanningen var en følge av økonomiske problemer, hadde dermed bedriften et særlig behov for å beholde de best kvalifiserte arbeidstakerne, mens individuelle hensyn som ansiennitet og sosiale hensyn ble mindre relevante. Dette har gode grunner for seg: Arbeidsgiver vil i slike tilfelle ha særlig behov for å beholde de best kvalifiserte arbeidstakerne for å få bedriften på rett kurs og slippe ytterlige nedbemanning, noe som heller ikke vil være i arbeidstakernes interesse.

Det følger av rettspraksis at selv klare avvik fra ansiennitetsprinsippet må aksepteres dersom virksomhetens situasjon er tilstrekkelig alvorlig⁴⁹. NAD 1981-83 s. 338 Sarpsborg (AS Fredrikstad Mek. Verksted) er et eksempel på dette. I denne dom ble to funksjonærer med henholdsvis 31 og 26 års ansiennitet oppsagt pga. reorganiseringer. De to som ble foretrukket hadde betydelig kortere ansiennitet, den ene bare åtte måneder. Virksomheten hadde hatt et millionunderskudd de senere år før nedbemanningen, og bedriften var i følge Høyesteretts flertall i ”en fortvilet økonomisk situasjon hvor alternativet lett kunne bli full nedleggelse og tap av samtlige arbeidsplasser”. De som var ansatt sist var mer allsidige og mer anvendelige. Dette måtte få avgjørende vekt til tross for den betydelige ansiennitetsforskjellen og at de to oppsagte pga. sin høye alder vanskelig ville få ny jobb, hadde forsørgelsesbyrde og stor gjeld. I tillegg hadde den ene også betydelige helseproblemer.

NAD 1984-85 s. 312 Eidsivating (AS Nye Fredrikstad Mek. Verksted) er også illustrerende. Her ble en ansatt med 20 års ansiennitet foretrukket fremfor en med 40 års arbeidserfaring. Lagmannsretten uttalte at pga. ”den uhyre vanskelige situasjon som bedriften var i, måtte det være berettiget å ta bedriftsøkonomiske hensyn ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skulle sies opp”. Det ble lagt avgjørende vekt på at arbeidstaker med 20 års ansiennitet hadde større erfaring og kunnskaper om den aktuelle stillingen, slik at han beholdt jobben til tross for sin kortere arbeidserfaring i bedriften.

Begge disse dommene gjaldt tilfelle hvor bedriften var i en svært vanskelig økonomisk stilling

⁴⁹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 181 og Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 441-442

med overhengende fare for videre nedbemanning og potensiell nedleggelse av hele bedriften. Det er klart at rettssetningen om økt fokus på effektivitet i slike tilfeller må være relativ; så lenge bedriftens økonomiske situasjon er tilstrekkelig alvorlig, ligger fokuset på kvalifikasjoner fremfor individuelle hensyn. I Rt 1986 s. 879 (Hillesland) ble 8 års ansiennitet og 4 års forskjell beskrevet som ”ikke (...) noen betydelig forskjell[]”, og vekten av dette ble da også svært begrenset. På den andre siden, desto mindre presserende situasjonen er jo svakere gjør effektivitetshensyn seg gjeldende, og følgelig vil de individuelle hensynene bli mer og mer vektige. Dette må imidlertid ikke trekkes for langt: LB-2005-42380 Borgarting (Attføringsbedrift) gjaldt en bedrift som kun syntes å gå med et mindre underskudd. Allikevel uttaler lagmannsretten at ”[v]ektleggingen av kompetanse fremfor ansiennitet ligger etter lagmannsrettens oppfatning innenfor rammen av prinsippene i arbeidsmiljøloven § 60 og Hovedavtalen”.

I forlengelsen av dette sier NAD 1984-85 s. 312 Eidsivating (AS Nye Fredrikstad Mek. Verksted) at det stiller seg annerledes når det er ”(..) tale om en rasjonalisering for å øke et bedriftsmessig overskudd”. Når det skjæres ned for å øke et overskudd vil ikke bedriftens behov veie like tungt, og det er naturlig at de individuelle hensynene får økt vekt⁵⁰.

Også under slike forhold er det slik at hensynene som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet må være mer tungtveiende desto lengre ansiennitet vedkommende har, og desto større ansiennitetsforskjellene er⁵¹. Begrunnelsen for dette er at hensynene bak å tillegge ansiennitet vekt blir mer fremtredende jo lengre vedkommende har vært ansatt i bedriften, men er forskjellene ikke store vil hensynet til ansiennitet bli godt ivaretatt også ved å ansette den med noe mindre, men allikevel betydelig, ansiennitet:

I RG 1991 s. 781 Tønsberg (Wiik & Co AS) ble en arbeidstaker som hadde vært ansatt ved bedriften siden august 1986 sagt opp. Fire av de øvrige ansatte som fikk fortsette hadde kortere ansiennitet, den ene ble ansatt i juli 1987. Det var klart at bedriften ikke hadde særlige økonomiske problemer. Det var forskjeller mellom den oppsagte og de fire andre, bl.a. hadde den ansatte mindre kunnskaper om svakstrøm, noe som var viktig for en montør. Dette ble av retten beskrevet som forskjeller som ”ikke [var] uvesentlige”, og oppsigelsen ble opprettholdt.

LF-2002-115 Frostating (Polimoon AS) gjaldt en ansatt med 21 års ansiennitet, og lagmannsretten fastslår at det skal ”tungtveiende grunner” til for å si opp denne personen ved nedbemanning. Dommen gjaldt en bedrift med økonomiske problemer, men må gjelde desto mer når det nedskjæres for å øke inntjeningen.

5.2.3 Stillingens art

Videre må det nevnes at vekten av kvalifikasjonshensynet også er forskjellig i forhold til stillingens art. NAD 1988 s. 307 Frostating (SINTEF) gjaldt nedbemanning ved et forskerinstitutt som gikk med betydelig underskudd. Den oppsagte hadde 14 års ansiennitet, bedre enn de andre arbeidstakerne han kunne sammenlignes med. Imidlertid var han den dårligst kvalifiserte, og det var ikke usaklig at arbeidsgiver ”(..) valgte å beholde dem som samlet hadde de beste kvalifikasjoner for å løse den type arbeidsoppdrag som man antok ville

⁵⁰ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 181

⁵¹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 182 og Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* (2000) s. 745-746

komme i fremtiden”. Den betydelige vekten som de ansattes kvalifikasjoner ble tillagt her var delvis et resultat av bedriftens dårlige økonomiske situasjon, men det synes også som at man har sett hen til det svært vanskelige forskerarbeidet som ble utført her og at dette i seg selv gjorde at kvalifikasjonene fikk større vekt. Det er gode grunner til dette: arbeidsgiver vil i slike tilfeller ha et større behov for å beholde de beste arbeidstakerne enn innen stillinger som krever mindre kompetanse, hvor man lettere kan lære opp de mindre kvalifiserte. Den andre siden av dette er at der det f. eks. bare er ufaglært arbeidskraft, så vil kvalifikasjonshensynet nærmest være uten betydning, uansett bedriftens situasjon. Generelt må det kunne sies at vekten av vedkommendes kvalifikasjon blir større desto mer kompetansekrevende den aktuelle stillingen er, og desto viktigere vedkommende arbeidstaker er for denne stillingen og bedriften som sådan⁵². Som påpekt i LG 2000 s. 207 Gulating må man i denne sammenheng imidlertid huske at den realkompetansen som følger av ansiennitet må tas med ved kvalifikasjonsvurderingen – dette kan veie opp for f. eks. en dårligere formell utdanning.

5.2.4 Særlig om sosiale hensyn

Sosiale hensyn er også individuelle hensyn, og dermed vil disse få mindre vekt desto større de økonomiske problemene i bedriften er. I Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) uttaler Høyesterett at det ikke kunne være usaklig å legge vekt på at en av arbeidstakerne ”så lenge kvalifikasjonshensyn ikke taler for noe annet, vil møte særlige vansker ved eventuell oppsigelse og derfor er tilgodesett”. Denne uttalelsen trekker i retning av at arbeidstakerne måtte stå kvalifikasjonsmessig likt, eller i alle fall tilnærmet likt, for at man kunne vektlegge de aktuelle forsørgelseshensynene som talte for at denne arbeidstakeren skulle få beholde jobben. Denne dom gjaldt en bedrift med økonomiske problemer, og ut ifra det som er sagt ovenfor, er det klart at slike hensyn må veie tyngre hvor den oppsigende bedrift ikke har slike problemer. Men også i situasjoner hvor bedriften ikke har større økonomiske problemer, som f. eks. LB-2005-42380 Borgarting som gjaldt en bedrift med synkende inntjening uten at det ble opplyst i dommen at den gikk med nevneverdig underskudd, så synes sosiale hensyn generelt å være av svakere vekt enn ansiennitet og spesielt kvalifikasjoner.

Generelt sett er det ikke arbeidsgivers oppgave å ta vare på arbeidstakers sosiale forhold. Dette er i vår velferdsstat forutsatt ivaretatt av den enkelte supplert av offentlige velferdsordninger ved behov. Av denne grunn er det rimelig at slike hensyn i de aller fleste tilfelle kun får avgjørende vekt når verken ansiennitet eller kvalifikasjoner peker i en særlig retning.

Etter dette kan det også vises til aml. § 4-6(1) som sier at arbeidsgiver ”så langt det er mulig” skal iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l. skal kunne få eller beholde passende arbeid. Det er sikker rett at denne bestemmelsen ikke bare relaterer seg til funksjonshemming, men også arbeidstaker som har en sykdom med tilretteleggingsbehov. Hvor langt denne plikten går, beror på en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre⁵³.

Dette er en bestemmelse som i størst grad kommer inn ved avveiningen; i LF-2002-00115 Frostating ble det i utgangspunktet lagt til grunn at nedsatt arbeidsevne pga. bl.a. sterkt

⁵² Tilsvarende Dege, *Den individuelle arbeidsrett* (2009) s. 706

⁵³ www.rechtsdata.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven ved Henning Jakhell, note 145

nedsatt hørsel som følge av hjernehinnebetennelse var et saklig hensyn ved vurderingen av hvem som skulle sies opp under nedbemanning. Men det ble lagt til grunn at tilretteleggingsplikten i aml.1977 § 13 nr. 2, nå § 4-6 innebar at arbeidsgiver allikevel måtte strekke seg langt for å la arbeidstaker beholde arbeidet, spesielt da arbeidstaker hadde lang ansiennitet. Vekten av sykdom og nedsatt arbeidsevne blir altså særlig begrenset i slike situasjoner.

5.2.5 Oppsummering

Etter dette virker det klart at ”ansiennitetshensynet må vike dersom dette er nødvendig for at bedriften skal kunne beholde arbeidstakere som har kortere ansiennitet, men klart bedre kvalifikasjoner”⁵⁴. Ellers er vekten av de forskjellige hensynene relativ i forhold til bedriftens situasjon. Har bedriften større økonomiske problemer så vil kvalifikasjonshensyn veie tyngst, mens individuelle hensyn som ansiennitet og sosiale hensyn vil komme mer frem i bedrifter som ikke er i en slik alvorlig situasjon. Vurderingen blir ellers relativ i forhold til lengden av ansienniteten, alvorligheten av de sosiale hensynene, kvalifikasjonsforskjellene og stillings art.

Ut fra den praksisen som er referert ovenfor synes det som at kvalifikasjonshensyn generelt sett veier tyngst, men man må alltid ha i tankene at det er en situasjonsbestemt helhetsvurdering, hvor dette utgangspunktet i den konkrete situasjonen ikke alltid er gjeldende.

6: Unntak basert på tariff- og arbeidsavtaler

Når jeg nå har gjennomgått rettstilstanden ved nedbemanning etter aml. § 15-7 og Hovedavtalen § 9-12(1), blir det siste spørsmålet om arbeidslivets parter kan avtale seg bort fra dette utgangspunktet.

Jeg vil først behandle muligheten til å avtale seg bort fra lovens utgangspunkt. Etter dette går muligheten til å avtale seg bort fra Hovedavtalen.

6.1 Avtalte unntak fra arbeidsmiljøloven

Aml. § 1-9 fastslår at ”[l]oven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”. Dette innebærer at tariffpartene ikke kan binde medlemmene til vilkår som er dårligere enn de som følger av loven, med mindre annet følger av loven selv. Det samme gjelder for individuelle forhåndsavtaler. De valgte utvelgelseskriterier må dermed ligge innenfor saklighetskravet etter aml. § 15-7, på den måte at man ikke kan avtale unntak som fører til dårligere resultater for arbeidstaker enn § 15-7.

Det er på den andre siden fritt frem for å avtale løsninger som gir arbeidstakerne bedre vilkår enn lovens minstebestemmelser. Saklighetskravet i § 15-7 gir lovens ytre lovfesta rammer for arbeidstakers oppsigelsesvern, og kan dermed fravikes til fordel for arbeidstaker.

Som beskrevet ovenfor er det imidlertid ikke bare arbeidsgiver og arbeidstaker som vil ha

⁵⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 179

motstridende interesser etter § 15-7's saklighetsvurdering, dette vil også gjelde for de ulike arbeidstakerne. Arbeidsgiver vil ha interesse av at arbeidstakernes kvalifikasjoner blir det hovedsakelige utvelgelseskriteriet, arbeidstaker med lang ansiennitet og f. eks. en sykdom vil komme best ut når dette blir lagt til grunn. Den unge, velkvalifiserte arbeidstakeren har på sin side interesse av at kvalifikasjonshensyn har så tung vekt som mulig.

Hva som er "til ugunst for arbeidstaker" må avgjøres ut fra en objektiv vurdering av hva som er i strid med paragrafens intensjoner⁵⁵.

6.1.1 Ansiennitet og kvalifikasjoner

Jeg ser først på adgangen til å avtale et utvidet eller innskrenket ansiennitetsprinsipp i forhold til lovens kvalifikasjonskrav.

Det finnes to alternative måter å se dette på. For det første kan man vurdere det dithen at arbeidstakersiden både kan ha interesse av et styrket og et svekket ansiennitetsprinsipp, avhengig av hvem det gjelder. Med et slikt utgangspunkt vil det ikke være store rom for unntak fra den saklighetsvurderingen som er beskrevet ovenfor. Alle slike unntak vil jo i prinsippet være til ulempe for en av arbeidstakersidene.

Man kan imidlertid se på spørsmålet noe mer generelt, på den måten at arbeidstakersiden generelt sett har interesse av et styrket ansiennitetsprinsipp, mens arbeidsgiversiden har interesse av et svakere ansiennitetsprinsipp.

Rt 1996 s. 1401 (Autronica) gjaldt rasjonalisering ved en bedrift. Det var ubestridt at det var grunnlag for å si opp en av tre sekretærer, spørsmålet var om bedriften hadde gått riktig frem når den hadde sagt opp den med lengst ansiennitet. I denne sammenheng viste den oppsagte til sin arbeidsavtale som sa at "[i]nntil annet er sagt gjelder Autronica's hovedavtale". Av den aktuelle tariffavtale fremgikk bl.a. at ved rasjonalisering ved bedriften "(...) skal de sist ansatte sies opp først, såfremt de ikke er helt nødvendig for firmaets drift".

Etter mitt skjønn synes å fremgå forutsetningsvis av dommen at Høyesterett mente at tariffavtalen ikke var i strid med aml.1977 § 60 (nå § 15-7), jf. § 5 (nå § 1-9). Denne tariffregelen er et betydelig skjerpet ansiennitetsprinsipp i forhold til saklighetsvurderingen etter § 15-7(1), spesielt når det, som i den konkrete saken, kun gjelder rasjonalisering for å øke overskuddet.

LB 1998 s. 455 Borgarting (Fred. Olsens Flyselskap): Dette er en lagmannsrettsdom som dermed har begrenset selvstendig vekt, men spørsmålet om lovligheten av avtalte skjerpede ansiennitetsregler er ikke mye behandlet i Høyesterett. Denne dom er etter mitt skjønn en god illustrasjon på dagens rettsstilling på dette området:

Lagmannsretten uttaler om rettsstillingen i forhold til skjerpet ansiennitet ved avtale at "tariffavtaler kan gi grunnlag for en plikt for arbeidsgiver til å følge et avtalefestet ansiennitetsprinsipp ved oppsigelser fremfor å foreta differensiering etter kvalifikasjoner og andre forhold. Selv om en slik kollektivavtale kan slå skjevt ut i forhold til de arbeidstakere som risikerer å miste stillingen på grunn av kort ansiennitet, anses den gjennomgående å være

⁵⁵ Jakhelln og Aune, *Arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2006) s. 58

til arbeidstakernes fordel". Dommen gjaldt konkret en tariffavtale som stadfestet at ansiennitet, i følge en oppsatt ansiennitetsliste, skulle legges til grunn ved oppsigelse pga. innskrenkning. Dette blir av retten forstått slik at ansiennitet skal være "det bærende prinsipp", og videre sies det: "Om arbeidsgiver i den aktuelle situasjon finner at en så streng ansiennitetsregel ikke i tilstrekkelig grad ivaretar alle de hensyn som er involvert, kan den likefullt ikke uten videre settes til side slik at arbeidsgiver kan benytte utvelgelseskriterier som ellers ville være relevante etter aml § 60 [nå § 15-7]".

Denne rettspraksisen taler altså i stor grad for at man ved aml. § 1-9-vurderingen skal følge den mer generaliserende vurderingsnorm, som beskrevet ovenfor: Så lenge ansiennitetsprinsippet styrkes så er det til fordel for arbeidstakergruppen som helhet, og dermed ikke i strid med aml. § 15-7, jf. § 1-9. En slik norm vil gjøre vurderingen enklere, i tillegg til at den vil åpne for en fleksibilitet som ellers nærmest vil være ikke-eksisterende; skulle man følge den første vurderingsmåten, så vil arbeidslivets parter i prinsippet være bundet, med en viss skjønnsmargin, av den saklighetsvurderingen som settes opp av aml. § 15-7.

Aml. § 1-9 stenger ikke i prinsippet for at man kan avtale seg bort fra en helhetsvurdering, så lenge det er til fordel for arbeidstaker. Det kan spørres om det etter gjeldende rett er grenser for hvor langt man kan trekke dette synspunktet. Skal det være mulig å avtale et ansiennitetsprinsipp som helt utelukker kvalifikasjonsmomentet? Rt. 1996 s. 1401 (Autronica) besvarer ikke dette direkte, men domstolen synes villig til å akseptere et svært strengt ansiennitetsprinsipp. I LB 1998 s. 455 Borgarting (Fred. Olsens Flyselskap) aksepterer lagmannsretten et tilnærmet ubetinget tariffestet ansiennitetsprinsipp. Retten sier imidlertid at det "ikke kan utelukkes" at det "i særegne situasjoner vil kunne gjelde begrensninger i ansiennitetsprinsippet etter kollektivavtalen". Det er usikkert om denne uttalelsen kun er ment for den konkrete tolkningen av sakens tariffavtale eller mer generelt, men pga. sin uklare natur har denne uttalelsen begrenset verdi.

Ut fra disse to dommene og hensynene beskrevet ovenfor synes det etter mitt skjønn å være i samsvar med aml. § 1-9 å avtale et rent ansiennitetsprinsipp ved utvelgelsesvurderingen. Dette må gjelde både for tariffavtaler, arbeidsavtaler og tilstrekkelig fast praksis. Det må selvfølgelig foreligge klare uttalelser før man kan akseptere at dette blir resultatet i den konkrete sak, men har partene avtalt et slikt resultat så kan man ikke pga. konkret urimelighet allikevel legge vekt på sosiale hensyn eller kvalifikasjoner. En annen sak er at avtaleloven § 36 også vil gjelde her, men spesielt ved tariffavtaler viser rettspraksis at terskelen for at bestemmelsen skal få anvendelse er svært høy⁵⁶.

Dette synes å være i samsvar med teorien⁵⁷.

Motsatt vil en innskrenkning av det ansiennitetsprinsippet som følger av aml. § 15-7(1)'s saklighetsvurdering være til ulempe for arbeidstaker, og dermed stride mot aml. § 1-9. Dette vil for det første gjelde for avtaler som i seg selv innskrenker arbeidstakers ansiennitet i forhold til utregningsreglene som er gjennomgått over i punkt 4.3, f. eks. avtale om at ansiennitet fra den opprinnelige arbeidsgiver ikke følger med over til nye arbeidsgiver ved

⁵⁶ Fougner m.fl., *Kollektiv arbeidsrett* (2008) s. 133-137

⁵⁷ Jf. særlig Dege, *Den individuelle arbeidsrett* (2009) s. 710 som forutsetter at avtaleforhold "hvor ansiennitet skal følges slavisk (..)" i prinsippet vil være i samsvar med lov.

virksomhetsoverdragelse. For det andre vil stride mot aml. § 1-9 å avtale at kvalifikasjonshensyn skal gis større vekt til fordel for ansiennitetsprinsippet; dette vil, i motsetning til den begrunnelsen som blir brukt av lagmannsretten i LB 1998 s. 455 Borgarting (Fred. Olsens Flyselskap) til å rettferdiggjøre skjerpet ansiennitetsprinsipp, ikke ”gjennomgående (...) være til arbeidstakernes fordel”. Slike avtaler vil være ”til ugunst for arbeidstaker”, etter aml. § 1-9, jf. § 15-7 og dermed ugyldige.

Rettspraksis viser imidlertid at domstolen er varsom med å overprøve tariffavtaler på dette området. Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore): Ved nedbemanning hadde arbeidsgiver bygget på en protokoll om ansiennitetsberegning mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte. Spørsmålet var bl.a. om oppsigelse av de seks saksøkerne var i samsvar med aml.1977 § 60 (nå § 15-7), og hvilken betydning protokollen hadde i så henseende. Førstvoterende uttaler at det ”i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler”. Det fremholdes imidlertid at ”det må åpenbart være slik at domstolen bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”.

Høyesterett setter her opp en skjønnsmargin for arbeidsgiver når man baserer seg på særavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes representanter som skyver ansiennitet i bakgrunnen til fordel for kvalifikasjoner. I RG 2005 s. 1074 Agder (Kitron Arendal AS) ble det samme utgangspunktet anvendt på en regel dannet gjennom fast praksis mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte.

Begrunnelsen for dette er at slike avtaler generelt sett vil være resultatet av en avveid og grundig vurdering mellom arbeidslivets parter, noe domstolen skal være forsiktig med å overprøve. I de nevnte dommene vurderer retten konkret sakligheten av arbeidsgivers vurdering, men domstolens uttalelse viser altså at arbeidsgiver pga. disse avtalene har en viss skjønnsmargin. I RG 2005 s. 1074 Agder (Kitron Arendal AS) sier lagmannsretten at ”[d]et skal (...) mye til før en oppsigelse” som er basert på en slik avtale kan settes til side som usaklig, men det må selvfølgelig være grenser her: Arbeidsgiver kan f. eks. ikke avskjære tidligere oppnådd ansiennitet ved et permisjonsavbrudd selv dette skulle følge av en slik overnevnt avtale. Dette vil være åpenbart i strid med saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7, og dermed ugyldig etter aml. § 1-9.

Ut fra begrunnelsen bak denne skjønnsmarginen, vil dette ikke gjelde for arbeidsavtaler.

6.1.2 Særlig om forholdet til sosiale hensyn

Det å vektlegge sosiale hensyn vil, i likhet med ansiennitet, i all hovedsak være til fordel for arbeidstaker, ikke arbeidsgiver. Ut fra prinsippene og rettspraksisen nevnt ovenfor i punkt 6.1.1 er det av denne grunn etter mitt skjønn i samsvar med aml. § 1-9 å avtale at et eller flere sosiale hensyn skal ha økt vekt i forhold til kvalifikasjonskrav. Dette vil på samme måte som med et skjerpet ansiennitetsprinsipp i all hovedsak være til fordel for arbeidstaker, og er dermed i samsvar med aml. § 1-9. Det vil av samme grunn være i strid med aml. § 1-9, jf. § 15-7 å avtale et skjerpet kvalifikasjonsprinsipp til fortrenghet for de sosiale hensyn, men med den skjønnsmarginen som er beskrevet ovenfor for tariffavtaler.

Det er imidlertid særlig vanskelig å vurdere forholdet mellom sosiale hensyn og ansiennitet i denne sammenheng. Begge disse hovedgrupper av momenter er hovedsakelig til fordel for

arbeidstaker, ikke arbeidsgiver. Hvordan skal man vurdere hva som er ”til ugunst for arbeidstaker” etter aml. § 1-9 i en slik situasjon?

Rt. 2011 s. 609 (SAS) gjaldt et tilfelle hvor tariffpartene hadde inngått en avtale om at de som hadde oppnådd pensjonsalder skulle sies opp ved den aktuelle nedbemanningen. Denne tariffavtalen førte i realiteten til at alder ble det eneste vilkåret for oppsigelse, og den var en klar innskrenkning av ansiennitetsprinsippet i aml. § 15-7, ved at det førte til at de eldste aktuelle arbeidstakerne ble oppsagt. Allikevel fastslo Høyesterett i dommens avsnitt 106-107 at avtalen var i samsvar med aml. § 15-7, jf. § 1-9.

Denne dom trekker ingen generelle slutninger, men den trekker etter mitt skjønn i retning av at arbeidslivets parter kan gå nokså langt i å avtale at sosiale hensyn skal gå foran ansiennitet. Uttalelsen i avsnitt 107 går i retning av dette: ”At individuelle forhold for den enkelte flyger ikke ble trukket frem i vurderingen da « avstegsavtalen » ble inngått, kan heller ikke føre til at denne mangler tilstrekkelig bredde. Disse forhold hørte under de individuelle drøftingsmøtene”. Begrunnelsen bak et slikt resultat synes å være at man fokuserer på at vektleggingen av sosiale hensyn i utvelgelsesvurderingen generelt sett er til fordel for arbeidstaker, og at man lar dette være avgjørende selv om det samme selvsagt gjelder for ansiennitet. Det kan hevdes at siden aml. § 1-9 er til for å beskytte arbeidstaker, så er det en rimelig tolkning av regelen at man lar arbeidslivets parter få avtalefrihet så lenge resultatet generelt sett er til fordel for arbeidstaker, selv om det potensielt kan utelukke et annet moment med samme virkning. Ut fra disse hensynene og rettskildene referert ovenfor synes det etter mitt skjønn mest nærliggende at gjeldende rett er at sosiale i stor grad kan gå foran ansiennitet etter avtale.

På samme måte som i forhold til ansiennitet vil det imidlertid være i strid med aml. § 15-7, jf. § 1-9 å avtale rene innskrenkninger i de sosiale hensynene, f. eks. en avtale som går ut på at arbeidstaker må ha større økonomiske problemer enn det som er beskrevet i punkt 4.5.2 for at det skal være et saklig hensyn. Dette er til ren ulempe for arbeidstaker uten at noe veier opp for det, og dermed ugyldig etter aml. § 1-9.

Motsatt vil man kunne avtale et skjerpet ansiennitetsprinsipp også i forhold til de sosiale hensynene, siden det generelt sett er til arbeidstakers fordel. Særlig LB 1998 s. 455 Borgarting (Fred. Olsens Flyselskap) støtter dette med rimelig eksplisitte uttalelser i denne retning.

6.1.3 Oppsummering

Arbeidslivets parter kan da ut fra de foreliggende rettskilder etter mitt skjønn avtale at ansiennitetsprinsippet alene skal kunne gjelde uten å være i strid med loven. Det samme kan man i stor grad avtale for sosiale hensyn, selv om dette er betydelig mindre aktuelt i det praktiske liv. Av dette følger at kvalifikasjonshensynene fritt kan tolkes innskrenkende, men ikke utvidende til ulempe for de to andre hovedmomentene. Hva som strider mot lov innvirkes av skjønnsmarginen som er gitt til arbeidslivets parter ved tariffavtaler.

6.2 Avtalte unntak fra Hovedavtalen

Arbeidstvistloven (arbtvl.) § 3 nr. 3 sier at ”[h]vis en arbeidsavtale mellom en arbeider og en arbeidsgiver, som begge er bundet av en tariffavtale, inneholder noen bestemmelse, som strider mot tariffavtalen er denne bestemmelse ugyldig”. Ut fra ordlyden skal dette gjelde

arbeidsavtaler både til gunst og ugunst for arbeidstaker. Denne forståelse er lagt til grunn i en rekke Arbeidsrettsdommer, en praksis som oppsummeres slik i ARD 1983 s. 301 (Kristian Jebsens Rederi): ”(..) en tariffavtale [kan] ikke (..) fravikes til gunst for arbeidstageren, med mindre tariffavtalen selv gir holdepunkter for det”. Tariffavtalebestemmelsen må altså være en minstestandard for at en arbeidsavtale skal kunne inngås til arbeidstakers fordel, f. eks. slik at en tariffbestemmelse om minstelønn ikke stenger for at det gis høyere lønn.

Hovedavtalens § 4-1 fastslår så at heller ikke en særavtale vil være gyldig hvis den er ”i strid med den tariffavtale som på organisasjonsmessig måte er opprettet for bedriften”. En særavtale må altså være i samsvar med bestemmelser i landsoverenkomsten⁵⁸. Hovedavtalens § 1-2, jf. § 1-1 sier videre at ”Hovedavtalen er første del av alle tariffavtaler for arbeidere som er eller blir opprettet” mellom NHO med samtlige landsforeninger, lokale foreninger og enkeltbedrifter, og LO med samtlige forbund og foreninger. Dette viser at disse særavtalene og landsoverenkomstene ikke må være i strid med Hovedavtalen. På samme måte som etter arbtvl. § 3 nr. 3 gjelder dette både til arbeidstakers ugunst og fordel, så lenge ikke den overordnede tariffbestemmelsen selv gir uttrykk for noe annet.

Hovedavtalens § 9-12(1) er som nevnt ovenfor en konkret helhetsvurdering som er tilsvarende aml. § 15-7 i innhold. Ut fra det jeg sa i foregående avsnitt må det være klart at bestemmelsen ikke kan tolkes til ugunst for arbeidstaker, på samme måte som det jeg har gjennomgått under punkt 6.1 om aml. § 15-7. På denne måten kan ikke verken ansiennitetsprinsippet eller sosiale hensyn tolkes innskrenkende til fordel for at kvalifikasjonsmomentet skal veie tyngre enn det som følger av Hovedavtalebestemmelsen.

Spørsmålet blir om Hovedavtalens § 9-12(1) er en minstestandard, slik at man fritt kan inngå avtaler til arbeidstakers gunst, eller om den er en fast regel. Så vidt meg bekjent er ikke dette spørsmålet behandlet i rettspraksis.

Bestemmelsens ordlyd trekker ikke i noen særlig retning; at fagorganisasjonene har blitt enig om de rettslige rammene for utvelgelsesvurderingen i form av en helhetsvurdering med et saklighetskrav taler ikke i seg selv for at det er en minstestandard. Det vil være i NHOs interesse å sikre at denne bestemmelsen ikke utelukkende kan tolkes til ulempe for deres medlemmer gjennom videre avtaler. Fagorganisasjonenes kommentarer til bestemmelsen sier ikke noe om dette spørsmålet, her tales det bare om å inngå avtaler innenfor bestemmelsens ramme, jf. også Hovedavtalen § 9-12(2).

Siden det ikke er særlige holdepunkter for annet, må man dermed falle tilbake på utgangspunktet som følger av arbtvl. § 3 nr. 3 og Hovedavtalens § 4-1 og § 1-1, jf § 1-2: Tariffbestemmelsen kan ikke avvikes verken til gunst eller ugunst for arbeidstaker.

En avtale, være det tariff- eller arbeidsavtale, som strider mot den forståelsen av Hovedavtalens § 9-12(1) som jeg har gjennomgått i denne avhandlingen, vil dermed være ugyldig.

⁵⁸ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2010) s. 104

7: Litteraturliste

Dege, Jan Tormod, Den individuelle arbeidsretten (2009) – Oslo: Minerva

Fanebust, Arne, Oppsigelse i arbeidsforhold (2001) – Oslo: Universitetsforlaget

Fougner, Jan m.fl., Kollektiv arbeidsrett (2008) – Oslo: Universitetsforlaget

Fougner, Jan m.fl., Omstilling og nedbemanning (2011) – Oslo: Universitetsforlaget

Hedlund, Mary-Ann og Brit Djupvik Semner, Likestillings- og diskrimineringslovenene: med kommentarer (2008) – Bergen: Fagbokforlaget

Jakhelln, Henning, Arbeidsrettslige studier (2000) – Oslo: Universitetsforlaget

Jakhelln, Henning og Helga Aune, Arbeidsrett.no: Kommentar til arbeidsmiljøloven (2006) – Oslo: Damm

Jakhelln, Henning, Oversikt over arbeidsretten (2010) – Oslo: Damm

Jakhelln, Henning, www.rechtsdata.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven

Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt (2005) – Bergen: Universitetsforlaget